

# CURSO "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA"

## LECTURAS COMPLEMENTARIAS Y CASOS

# LECTURA Nº 01

# CÓDIGO PENAL (SPIJ. Versión actualizada al mes de mayo de 2015)

**TITULO XVIII**
**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**

CAPITULO I
DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

SECCION I
USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES

CONCORDANCIAS: Ley N° 27765, Art. 6

Ley N° 27770

Artículo 361.- El que usurpa una función pública sin título o nombramiento o la facultad de dar órdenes militares o el que hallándose destituido o suspendido de su cargo continúa ejerciéndolo o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Ley Nº 25444, publicado el 23-04-92, cuyo texto es el siguiente:

Usurpación de función pública

"Artículo 361.- El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años."

Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce

Artículo 362.- El que, públicamente, ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.

Ejercicio ilegal de profesión

Artículo 363.- El que, con falso título o el titulado que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27754, publicada el 14-06-2002, cuyo texto es el siguiente:

Ejercicio ilegal de profesión

"Artículo 363.- El que, con falso título o el que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 28538, publicada el 07 Junio 2005, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 363.- Ejercicio ilegal de profesión

El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual."

Participación en ejercicio ilegal de la profesión

Artículo 364.- El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36º, incisos 1 y 2.

SECCION II
VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

Violencia contra la autoridad para obligarle a algo

Artículo 365.- El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de éstas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones

Artículo 366.- El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27937, publicada el 12-02-2003, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 366.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones

El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas."

Formas agravadas

Artículo 367.-
En los casos de los artículos 365 y 366 la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.
2. El hecho se realiza por dos o más personas.
3. El autor es funcionario o servidor público.
4. El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27937, publicada el 12-02-2003, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.

2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.

2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años:”(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28878, publicada el 17 agosto 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.

2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.

2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de quince años."(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.

2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.

2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.

4. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley Nº 30054, publicada el 30 junio 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 367.- Formas agravadas

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

1. El hecho se realiza por dos o más personas.

2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:

1. El hecho se comete a mano armada.

2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones.

4. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

5. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años.”

Desobediencia o resistencia a la autoridad

Artículo 368.- El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el 19 noviembre 2009, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas."

“Artículo 368-A.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo Único de la Ley Nº 29867, publicada el 22 mayo 2012, la misma que entró en vigencia a los sesenta días calendario de su publicación en el diario oficial El Peruano.

"Artículo 368-B.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo Único de la Ley Nº 29867, publicada el 22 mayo 2012, la misma que entró en vigencia a los sesenta días calendario de su publicación en el diario oficial El Peruano.

"Artículo 368-C.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios

El que dentro de un centro de detención o reclusión vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo Único de la Ley Nº 29867, publicada el 22 mayo 2012, la misma que entró en vigencia a los sesenta días calendario de su publicación en el diario oficial El Peruano.

"Artículo 368-D.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios

La persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo Único de la Ley Nº 29867, publicada el 22 mayo 2012, la misma que entró en vigencia a los sesenta días calendario de su publicación en el diario oficial El Peruano.

"Artículo 368-E.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios

El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo Único de la Ley Nº 29867, publicada el 22 mayo 2012, la misma que entró en vigencia a los sesenta días calendario de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Violencia contra autoridades elegidas

Artículo 369.- El que impide a los Senadores o Diputados o a los miembros de las Asambleas Regionales o a los Alcaldes o Regidores el ejercicio de las funciones propias de sus cargos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29519, publicada el 16 abril 2010, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 369.- Violencia contra autoridades elegidas
El que, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramentar, asumir o ejercer sus funciones será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 8."

Atentado contra la conservación e identidad de objeto

Artículo 370.- El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

Negativa a colaborar con la administración de justicia

Artículo 371.- El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso

Artículo 372.- El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la destrucción o inutilización es por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

Sustracción de objetos requisados por autoridad

Artículo 373.- El que sustrae objetos requisados por la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

SECCION III
DESACATO

Desacato

Artículo 374.- El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo derogado por el Artículo Único de la Ley N° 27975, publicada el 29-05-2003.

Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función

Artículo 375.- El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

CAPITULO II

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONCORDANCIAS: Ley N° 27378, Art. 1, num. 2)
D.S. Nº 015-2003-JUS, Art. 210.5 (Aprueban el Reglamento del Código de Ejecución Penal)

D.S. N° 007-2012-JUS, Art. 10 (Aprueban arancel para la prestación del Servicio No Gratuito de Defensa Pública)

SECCION I
ABUSO DE AUTORIDAD

Abuso de autoridad

Artículo 376.- El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. (*)

(*) Artículo modificado por la Sétima Disposición Final de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años."(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.
Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años."

"Artículo 376-A.- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios

El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de

tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.” (*)

(*) Artículo reubicado y reformado por el Artículo 2 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004.

Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales

Artículo 377.- El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Denegación o deficiente apoyo policial

Artículo 378.- El policía que rehusa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Requerimiento indebido de la fuerza pública

Artículo 379.- El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Abandono de cargo

Artículo 380.- El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.

Nombramiento o aceptación ilegal

Artículo 381.- El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.

SECCION II
CONCUSION

CONCORDANCIAS: Ley N° 27770 (Sobre Beneficios Penales y Penitenciarios) aplicable a todas las modalidades de este delito

D.S. Nº 017-2008-JUS, Arts. 46 y 49 (Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068 del Sistema de Defensa

Jurídica del Estado)

D.S Nº 009-2010-JUS (Aprueban Procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre
delitos de corrupción y otros delitos conexos)

Concusión

Artículo 382.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 382. Concusión

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Cobro indebido

Artículo 383.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

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, concentrándose 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.(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 de la Ley Nº 26713, publicada el 27-12-96, cuyo texto es el siguiente:

Colusión

"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."(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el 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 (1) 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." (2)

(1) De conformidad con el Resolutivo 1 del Expediente Nº 00017-2011-PI-TC, publicado el 07 junio 2012, se declara FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del presente artículo a través de la ley Nº 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión "patrimonialmente".

(2) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

"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. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"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."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Patrocinio ilegal

Artículo 385.- El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

Artículo 386.- Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias. (*)

(*) Artículo modificado por la Tercera Disposición Modificatoria de la Ley Nº 26572, publicada el 05-01-96, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 386.- Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adquisición o partición intervienen, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 26643, publicada el 26-06-96, cuyo texto es el siguiente:

Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares

Artículo 386.- Las disposiciones de los Artículos 384 y 385 son aplicables a los Peritos, Arbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías.

SECCION III

PECULADO

CONCORDANCIAS: Ley N° 27770 (Sobre Beneficios Penales y Penitenciarios) aplicable en todas las modalidades de este delito, excepto en la forma culposa

D.S. Nº 017-2008-JUS, Arts. 46 y 49 (Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado)

D.S Nº 009-2010-JUS (Aprueban Procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción y otros delitos conexos)

Artículo 387.- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Unico de la Ley Nº 26198, publicada el 13-06-93, cuyo texto es el siguiente:

Peculado

"Artículo 387.- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

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

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

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 387.- Peculado doloso y culposo

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

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Peculado por uso

Artículo 388.- 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

pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

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. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo pertenecientes 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.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados en el párrafo anterior pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, independientemente del grado de afectación de la obra.

No están comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.” (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 388. Peculado de uso

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 pertenecientes 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.

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." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 388. Peculado de uso

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 pertenecientes 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."

Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 26198, publicada el 13-06-93, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

Constituye circunstancia agravante, si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Unico de la Ley Nº 27151, publicada el 07-07-99, cuyo texto es el siguiente:

Malversación

"Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 389. Malversación

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa."

Retardo injustificado de pago

Artículo 390.- El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia

Artículo 391.- El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehusa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Artículo 392.- 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, así como los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Unico de la Ley Nº 26198, publicada el 13-06-93, cuyo texto es el siguiente:

Extensión de punibilidad

"Artículo 392.- Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los 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 dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social." (*)

(*) Artículo modificado por la Sétima Disposición Final de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"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."

SECCION IV
CORRUPCION DE FUNCIONARIOS

CONCORDANCIAS: Ley N° 27770 (Ley Sobre Beneficios Penales y Penitenciarios) aplicable a todas las modalidades de este delito, incluidas las
cometidas por particulares
D.S. Nº 017-2008-JUS, Arts. 46 y 49 (Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068 del Sistema de Defensa
Jurídica del Estado)

D.S Nº 009-2010-JUS (Aprueban Procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre
delitos de corrupción y otros delitos conexos)

Cohecho propio

Artículo 393.- El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 393.- Cohecho pasivo propio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 393. Cohecho pasivo propio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS CON EL TLC PERÚ - ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

"Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años." (1)(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011.

(2) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones Oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS CON EL TLC PERÚ - ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Cohecho impropio

Artículo 394.- El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 394. Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS CON EL TLC PERÚ - ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

“Artículo 394-A.- El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres (3) ni mayor de seis (6) años, e inhabilitación por igual tiempo a la condena conforme a los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36 del Código Penal.” (1)(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 27722, publicada el 14-05-2002.

(2) Artículo reubicado y reformado como Artículo 376-A en la Sección de los Delitos de Abuso de Autoridad del presente Código, por disposición del Artículo 2 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004.

Artículo 395.- El Juez, Arbitro, Fiscal o miembro del tribunal administrativo o de cualquier otro análogo que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Ley Nº 25489, publicado el 10-05-92, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 395.- El Juez, Arbitro, Fiscal, miembro del Tribunal Administrativo, Perito o cualquier otro análogo (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS que solicite y/o acepte donativo, promesa u otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días de multa.

La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito será puesta en conocimiento del Colegio de Abogados del lugar en donde se encuentre inscrito para que la Junta Directiva, bajo responsabilidad, proceda en el plazo de cinco (05) días a suspender la colegiación respectiva". (*)

(*) Artículo modificado por la Tercera Disposición Modificatoria de la Ley Nº 26572, publicada el 05-01-96, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 395.- El Juez, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo, Perito o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa u otra ventaja, a sabiendas que se lo hacen con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días de multa.

La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito será puesta en conocimiento del Colegio de Abogados del lugar en donde se encuentre inscrito para que la Junta Directiva, bajo responsabilidad, proceda en el plazo de cinco (05) días a suspender la colegiación respectiva." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 26643, publicada el 26-06-96, cuyo texto es el siguiente:

Corrupción pasiva

Artículo 395.- El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que es hecha con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36º del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa .

La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito, será puesta en conocimiento del Colegio respectivo en donde se encuentra inscrito

el agente, para que dentro de cinco (5) días proceda a suspender la colegiación respectiva, bajo responsabilidad. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 395.- Cohecho pasivo específico

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Corrupción de auxiliares jurisdiccionales-Corrupción pasiva atenuada

Artículo 396.- Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo similar, la pena será privativa de libertad no mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 396.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 396. Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Artículo 397.- El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su

cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Unico de la Ley Nº 27074, publicada el 26-03-99, cuyo texto es el siguiente:

Aprovechamiento indebido de cargo

"Artículo 397.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 397.- Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 397. Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

"Artículo 397- A.- Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o

retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años." (1)(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 29316, publicada el 14 enero 2009.

(2) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS CON EL TLC PERÚ - ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Artículo 398.- El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un Juez, Arbitro, Fiscal o miembro de tribunal administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por la Tercera Disposición Modificatoria de la Ley Nº 26572, publicada el 05-01-96, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 398.- El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un Juez, Fiscal o miembro de tribunal administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 26643, publicada el 26-06-96, cuyo texto es el siguiente:

Corrupción activa

"Artículo 398.- El que hace donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un Magistrado, Arbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier

otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 398.- Cohecho activo específico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 398. Cohecho activo específico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

"Artículo 398-A.- Si en el caso del Artículo 398, el agente del delito de corrupción de un Juez, Arbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo, Auxiliar de Justicia (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS o cualquier otro análogo, es abogado, la pena será privativa de libertad no

menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 4) u 8) del Artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del Artículo 36 y con noventa a ciento veinte días multa". (1)(2)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley Nº 25489, publicado el 10-05-92.

(2) Artículo modificado por la Tercera Disposición Modificatoria de la Ley Nº 26572, publicada el 05-01-96, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 398-A (art. 2 D.L. 25489).- Si en el caso del Artículo 398, el agente del delito de corrupción es un Juez, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo, Auxiliar de Justicia o de cualquier otro análogo, es abogado, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 4) a 8) del Artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del Artículo 36 y con noventa a ciento veinte días multa". (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 26643 , publicada el 26-06-96.

Corrupción activa de abogado

"Artículo 398-A.- Si en el caso del Artículo 398, es Abogado el Agente del delito de corrupción de un Magistrado, Arbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1) a 8) del Artículo 36º del Código Penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un Testigo, Perito, Traductor, Intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del artículo 36º del Código Penal, y con noventa a ciento veinte días-multa." (*)

(*) Artículo derogado por el Artículo 4 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004.

Inhabilitación del ejercicio de la abogacía

"Artículo 398 B.- La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior se imponga a los autores del delito de corrupción de magistrados será puesta en conocimiento de la Corte Superior de Justicia respectiva y del Fiscal Superior Decano para que en el caso del inciso 8 del artículo 36 se proceda a anular el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Títulos; así como del Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, en el plazo de cinco (05) días para la suspensión o anulación de la colegiación." (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

Igualmente, la inhabilitación impuesta de acuerdo al inciso 8 del Artículo 36 será puesta en conocimiento de la Universidad que otorgó el Título Profesional de Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (08) días, proceda a su cancelación. (1)(2)(3)

(1) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley Nº 25489, publicado el 10-05-92.

(2) Actualmente Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú según Decreto Ley Nº 25892, publicado el 27-11-92.

(3) Artículo derogado por el Artículo 4 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004.

Corrupción activa de funcionario

Artículo 399.- El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Tráfico de influencias

Artículo 400.- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de

interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.” (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 400. Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 400. Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Enriquecimiento ilícito

Artículo 401.- El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

“Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.” (1)(2)

(1) Párrafo incorporado por el Artículo 7 de la Ley Nº 27482, publicada el 15-06-2001.

(2) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita."

CONCORDANCIAS: Ley Nº 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

Decomiso

"Artículo 401 A.- En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley Nº 25489, publicado el 10-05-92.

Adjudicación al Estado de bienes decomisados

"Artículo 401-B.- Los bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia; el que los asignará para su uso en servicio oficial o (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS del Poder Judicial y el Ministerio Público, en su caso, bajo responsabilidad."

De dictarse sentencia judicial absolutoria se dispondrá la devolución del bien a su propietario.

Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingresos del Tesoro Público. (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley Nº 25489, publicado el 10-05-92

CONCORDANCIAS: D.S. Nº 029-2001-JUS (Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados - COMABID)

CAPITULO III
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SECCION I

DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL

Denuncia calumniosa

Artículo 402.- El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

"Cuando la simulación directa o indirecta de pruebas o indicios de su comisión sea efectuada por miembros de la Policía Nacional u otro funcionario o servidor público encargado de la prevención del delito, y que puedan servir de sustento para un proceso penal por tráfico ilícito de drogas, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años." (*)

(*) Párrafo adicionado por el Artículo Unico de la Ley Nº 27225, publicada el 17-12-99.

CONCORDANCIAS: Ley N° 28611, Art. 149, num. 149.2

Ocultamiento de menor a las investigaciones

Artículo 403.- El que oculta a un menor de edad a las investigaciones de la justicia o de la que realiza la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Artículo 404.- El que sustrae a una persona de la persecución penal o de la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente sustrae al autor de los delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 747, publicado el 12-11-91, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 404.- El que sustrae una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privada de libertad no menor de dos años mayor de cuatro años.

Si el Agente sustrae al autor de los delitos contra la Tranquilidad Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional, contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional o de Tráfico Ilícito de Drogas, la pena será privativa de libertad no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privada de libertad no menor de diez ni mayor de quince años". (*)

(*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley Nº 25399, publicada el 10-02-92, quedó derogado el Decreto Legislativo Nº 747, recobrando vigencia el texto original, conforme al Artículo 3 de la citada Ley, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 404.- El que sustrae a una persona de la persecución penal o de la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente sustrae al autor de los delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Ley N° 25429, publicado el 11-04-92, cuyo texto es el siguiente:

Encubrimiento personal

"Artículo 404.- El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el Agente sustrae al autor de los delitos contra la Tranquilidad Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional, contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional o de Tráfico Ilícito de Drogas, la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 404.- Encubrimiento personal

El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el Agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley Nº 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley Nº 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.”

CONCORDANCIAS: D.S Nº 009-2010-JUS (Aprueban Procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción y otros delitos conexos)

Encubrimiento real

Artículo 405.- El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 405.- Encubrimiento real

El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley Nº 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo o los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa."

CONCORDANCIAS: D.S Nº 009-2010-JUS (Aprueban Procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción y otros delitos conexos)

Excusa absolutoria

Artículo 406.- Están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404º y 405º si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.

Omisión de denuncia

Artículo 407.- El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28516, publicada el 23 Mayo 2005, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 407.- Omisión de denuncia

El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si la omisión está referida a los delitos de genocidio, tortura o desaparición forzada, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años."

Fuga en accidente de tránsito

Artículo 408.-

El que, después de un accidente automovilístico o de otro similar en el que ha tenido parte y del que han resultado lesiones o muerte, se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles, pero omite dar cuenta inmediata a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con noventa a ciento veinte días-multa.(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el 19 noviembre 2009, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 408.- Fuga del lugar del accidente de tránsito

El que, después de un accidente automovilístico o de otro similar en el que ha tenido parte y del que han resultado lesiones o muerte, se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles, pero omite dar cuenta inmediata a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento veinte días- multa."

Falsedad en juicio

Artículo 409.- El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el testigo, en su declaración, atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años.

El Juez puede atenuar la pena hasta límites inferiores al mínimo legal o eximir de sanción, si el agente rectifica espontáneamente su falsa declaración antes de ocasionar perjuicio.

"Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia

El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el hecho se comete respecto en la investigación preliminar o proceso penal por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 296 al 298 o en la Ley Nº 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa."(*)

(*) Artículo adicionado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007.

"Artículo 409-B.- Revelación indebida de identidad

El que indebidamente revela la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, Agente Encubierto o especial, o información que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Cuando el Agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4."

(*) Artículo adicionado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007.

Avocamiento ilegal de proceso en trámite

Artículo 410.- La autoridad que, a sabiendas, se avoque a procesos en trámite ante el órgano jurisdiccional, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Falsa declaración en procedimiento administrativo

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial

Artículo 412.- El que, legalmente requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Evasión mediante violencia o amenaza

Artículo 413.- El que, estando legalmente privado de su libertad, se evade por medio de violencia o amenaza, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Favorecimiento a la fuga

Artículo 414.- El que, por violencia, amenaza o astucia, hace evadir a un preso, detenido o interno o le presta asistencia en cualquier forma para evadirse, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente que hace evadir, o presta asistencia para tal efecto, es funcionario o servidor público, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Si el agente actuó por culpa, la pena será no mayor de un año.

Amotinamiento de detenido o interno

Artículo 415.- El detenido o interno que se amotina atacando a un funcionario del establecimiento o a cualquier persona encargada de su custodia, u obligando por la violencia o amenaza a un funcionario del establecimiento o a cualquier persona encargada de su custodia a practicar o abstenerse de un acto, con el fin de evadirse, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 29867, publicada el 22 mayo 2012, la misma que entró en vigencia a los sesenta días calendario de su publicación en el diario oficial El Peruano, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 415.- Amotinamiento de detenido o interno

El detenido o interno que se amotina atacando a un funcionario del establecimiento o a cualquier persona encargada de su custodia, u obligando por la violencia o amenaza a un funcionario del establecimiento o a cualquier persona encargada de su custodia a practicar o abstenerse de un acto, con el fin de evadirse, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente provoca un motín, disturbio o cualquier violación contra la integridad física de cualquier persona o de la seguridad interna o externa del recinto, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

Los cabecillas o dirigentes del motín serán sancionados con la pena señalada, aumentada en una tercera parte."

Fraude procesal

Artículo 416.- El que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario o servidor público para obtener resolución contraria a la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano

Artículo 417.- El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por si mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

"Artículo 417-A.- Insolvencia provocada

El responsable civil por un hecho delictivo que, con posterioridad a la realización del mismo y con la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil correspondiente, realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro.

La misma pena se aplicará a quien como representante de una persona jurídica, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada, con la finalidad de eludir total o parcialmente la imposición de una consecuencia accesoria en el proceso penal respectivo.

Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos 152 al 153 A, 200, 296 al 298, en la Ley Nº 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o en el Decreto Ley Nº 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años."(*)

(*) Artículo adicionado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007.

SECCION II
PREVARICATO

Fallo o dictamen ilegal

Artículo 418.- El Juez o el Fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28492, publicada el 12 Abril 2005, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 418.- Prevaricato

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años."

Detención ilegal

Artículo 419.- El Juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Prohibición de conocer un proceso que patrocinó

Artículo 420.- El Juez o Fiscal que conoce en un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial

Artículo 421.- El Abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial o administrativo, asume la defensa o representación de la parte contraria en el mismo proceso, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

SECCION III
DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA

Negativa a administrar justicia

Artículo 422.- El Juez que se niega a administrar justicia o que elude juzgar bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales

Artículo 423.- El notario o secretario de juzgado o fiscalía o cualquier otro auxiliar de justicia que se niega a cumplir las obligaciones que legalmente le corresponde, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año, o con treinta a sesenta días-multa.

Omisión de ejercicio de la acción penal

Artículo 424.- El Fiscal que omite ejercitar la acción penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

CAPITULO IV
DISPOSICIONES COMUNES

Funcionario o servidor público

Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.

2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.

3.- Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 26713, publicada el 27-12-96, cuyo texto es el siguiente:

"3.Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos."

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30124, publicada el 13 diciembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.

2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.

3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley."

CONCORDANCIAS: D.S. N° 004-2014-JUS, Art. 5 (Obligación de guardar secreto de la identidad del agente encubierto)

Inhabilitación

Artículo 426.- Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 426. Inhabilitación accesoria y especial

Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2.

Los delitos previstos en el capítulo III de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2."

# LECTURA Nº 02

# EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA[*]

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

## 1.- Derecho penal y concepción de la "administración pública" en la actualidad

Hasta hace unas décadas, en el Derecho penal se veía a la "administración pública" como si fuera un poder casi sacrosanto que debía ser protegido por sí mismo, como si se tratara de un ente superior a los ciudadanos. Debido a eso se pretendía proteger penalmente distintos aspectos de este "poder", tales como el "prestigio", el "honor", la "intangibilidad", ciertas facultades monopólicas, etc.

Bajo esta concepción se legitimaba la existencia de tipos penales como la "usurpación de insignias, títulos y honores" (art. 362 C. P. peruano[1]), que penan el "atrevimiento" de los ciudadanos de ostentar públicamente insignias o distintivos propios de los funcionarios públicos, o el "desacato" (art. 374 y s. C. P.), por el cual un acto de injuria dirigido contra un funcionario público, más que un simple atentado contra la persona de éste, era considerado un atentado contra el "honor" o el "decoro" de la función pública. Por esto también la sistemática de los delitos contra la administración pública tenía ciertas peculiaridades que hoy en día nos parecen inexplicables. Así, tendía a absorver una serie de figuras que ahora se consideran que atentan contra otros bienes jurídicos; p. ej. el "ejercicio ilegal de una profesión" (art. 363 y s. C. P.), figura que, en realidad, tiene que ver con el ejercicio de la profesión, aunque, bajo la lógica de la concepción antigüa, era vista como un atentado contra el monopolio de las instituciones públicas de reconocer el ejercicio de las profesiones con el otorgamiento de

---

[*] Por razones de tiempo y espacio no se han puesto las citas que todo trabajo riguroso realmente debería contener. Para una mayor profundización en lo expuesto y las referencias bibliográficas pertinentes me remito a mis trabajos anteriores: "Autoría y participación y la teoría de los delitos de 'infracción del deber'", Revista Penal N° 14 (abril 2004), España, p. 3 y ss.; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano" (Lima, 1ra. ed., 2001; 2da. edición, 2003); "La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado", en: Losano/Muñoz Conde, "El Derecho ante la globalización y el terrorismo", Valencia, 2004, p. 273 y ss.; "Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n° 34, abril 2003, p. 11 y ss.; "El transfuguismo político: "¿delito de cohecho?", revista "Cátedra", UNMSM, n° 8, Lima, 2001, p. 79 y ss.

[1] En adelante, los artículos que se citan, si no dicen específicamente lo contrario, se refieren al Código penal peruano de 1991.

títulos, lo cual llevaba (y lleva aún de lege lata en el C. P. peruano) a la absurda situación de dejar impune a aquél que ejerce una profesión sin tener título alguno.

En la actualidad se ha cambiado de concepción pues se considera incompatible con un Estado de Derecho que la administración pública merezca una protección por sí misma y no en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados. Por eso, modernamente sólo interesa proteger su **correcto funcionamiento de la administración pública**.

La protección penal de este bien jurídico se da a través de diversos tipos penales que, en concreto, reprimen conductas que atenten contra alguno de los aspectos que posibilitan este correcto funcionamiento (o sea, los "objetos de protección"); p. ej. en el "cohecho pasivo propio" (art. 393 C. P.), se trata de proteger la "imparcialidad" y "legalidad" en el ejercicio de la función; en el "peculado" (art. 387 C. P.), el "patrimonio" de la administración pública; en la "usurpación de funciones" (art. 361), la "legalidad del ejercicio funcionarial, etc. Es decir, mientras existe un bien jurídico tutelado, propio de todos los delitos contra la administración pública, el cual alberga una serie de "objetos de protección" que son directamente atacados por las conductas ilícitas. Esta precisión se basa en una distinción entre "bien jurídico" y "objeto de protección" que, con algunas diferencias terminológicas, puede considerarse dominante en la doctrina actual que parte de la teoría de bienes jurídicos.

Por supuesto que este cambio de concepción sobre el concepto "administración pública" trae algunos problemas en la aplicación de tipos penales ya vigentes y que fueron introducidos bajo la concepción ya superada. En estos casos, se tiene que producir una reinterpretación en el sentido garantista indicado. Por ejemplo, los problemáticos tipos penales ya aludidos de "desacato" y "usurpación de insignias" tienen que interpretarse en el sentido de que solamente serían punibles aquellas conductas que muestren algún grado de lesividad para un "objeto de protección" del bien jurídico. Luego, en el "desacato" no bastará con un mero "atentado contra el honor" de la persona del funcionario público (para tal caso ya existen los tipos de delitos contra el honor), sino que se deberá ser de tal gravedad que afecten de algún modo el "ejercicio ordenado y tranquilo" de la función pública. Y tampoco bastará con una mera "ostentación pública" de distintivos propios de una función pública si ésta no es idónea para sugerir en el público la legitimidad de tal ostentación. En el caso mencionado del "ejercicio ilegal de la profesión", la interpretación solamente se puede dar en el sentido de que se trata de un atentado contra la "fe pública"; por lo tanto, la lesividad de las conductas debe

verificarse en el sentido de que el sujeto no reunía las cualidades "materiales" para el ejercicio (y no solamente se trata de infracciones formales); el vacío existente (la impunidad del ejercicio de una profesión sin "título" alguno) tiene que ser llenado por la vía legislativa.

**2.- Modelos básicos de protección penal del funcionamiento de la administración pública**

De manera muy general se puede hablar de dos modelos básicos existentes en la legislación penal para la protección del funcionamiento de la administración pública: un modelo restringido y otro amplio.

En el modelo restringido, la protección penal se limitada a aspectos muy concretos del funcionamiento de la administración pública, sobre todo cuando son afectados por los propios funcionarios públicos. Las conductas cometidas por particulares, como no se trate de actos de participación con el funcionario público, constituyen mayormente atentados contra otros bienes jurídicos: la "fe pública", el "orden constitucional", etc. Por ejemplo, en el **Código penal alemán (StGB)** los delitos contra la administración pública ("Straftaten im Amt") giran en torno de los tipos penales de "cohecho" (art. 331 y ss.), "lesiones corporales cometidas por el funcionario público" (art. 340, 343), "exacciones ilegales" (art. 353), "revelación de secretos" (art. 353b) y una serie de delitos contra la administración de justicia. Otros tipos penales como la "violencia y resistencia a la autoridad" son vistos más bien como delitos contra la organización estatal, como en la "resistencia a la autoridad" (art. 113 y s. StGB) o, en el caso de la "usurpación de funciones", contra el orden público (art.132 y s. StGB). Y otros, finalmente, pueden ser subcasos dentro de otras figuras penales que protegen bienes jurídicos muy distintos, tal como ocurre con la "malversación de fondos" que, interpretativamente, constituye un caso específico de "administración desleal" (art. 266 StGB) o sea de un "delito contra el patrimonio", y que es conocida como "deslealtad en la administración del presupuesto" (Haushaltsuntreue). Algo parecido ocurre con los casos de "concusión", que están previstos como un caso agravado de las "coacciones", cuando estas fueran cometidas por un "funcionario público" abusando de sus funciones o de su posición (art. 240, cuarto párrafo, numeral 3, StGB).

El **C. P. español de 1995** introdujo un modelo "restringido", bajo una moderna concepción del bien jurídico tutelado. Así ha considerado por separado, como delitos de falsedades (o sea contra la "fe pública") a la "usurpación de funciones públicas" por parte de particulares (art.

402 C. P. español) y el "intrusismo" o "ejercicio ilegal de la profesión" (art. 403 C. P. español); como delito contra la Constitución, a "usurpación de atribuciones" de funcionarios (art. 506 C. P. español) y, como delito contra el "orden público", al "atentado o resistencia contra la autoridad" (arts. 550 y ss. C. P. español), así como los "desórdenes públicos" en tribunales o juzgados (art. 558 C. P. español). Dentro de los auténticos delitos contra la administración pública han quedado los casos de "prevaricación", que incluye a los "nombramientos ilegales" (arts 404 a 406 C. P. español), el "abandono de destino" (art. 409 C. P. español), la "desobediencia y la denegación a auxilio" (arts. 410 a 412 C. P. español), la "infidelidad en la custodia de documentos" y la "violación de secretos" (arts. 413 y s. C. P. español), las figuras de "cohecho" (arts. 419 a 427 C. P. español) y "tráfico de influencias" (arts. 428 a 431 C. P. español), la "malversación" (arts. 432 a 435 C. P. español), los "fraudes y exacciones ilegales" (arts. 436 a 438 C. P. español), las "negociaciones" y "actividades" prohibidas y "abuso de la función" (arts. 439 a 443 C. P. español). Por separado se ha previsto la "corrupción transnacional" (art. 445bis C. P. español).

En el modelo amplio, en cambio,los atentados contra el funcionamiento de la administración pública son clasificados distinguiendo, de manera expresa o de manera implícita, entre delitos cometidos por "particulares" y delitos cometidos por "funcionarios públicos"; y cada uno de los dos grupos contiene una gran cantidad de figuras. Un ejemplo de ello se puede encontrar en el Código penal argentino de 1923 (arts. 237 a 268), el Código penal colombiano de 1989 (arts. 133 a 165) y en el Código penal peruano. Este último nos servirá de modelo de análisis a continuación.

### 3.- El modelo "tradicionalista". El ejemplo peruano

El **Código penal peruano** constituye más que un modelo amplio; se puede decir incluso que es uno "amplísimo", sin que por ello sea más efectivo. En su pretensión de querer abarcarlo todo, el legislador peruano ha reunido una serie de figuras típicas en la parte especial, tomando fuentes e ideas distintas, lo cual crea serios problemas interpretativos.

Entre los múltiples ejemplos de mala técnica legislativa en esta parte del Código penal peruano, además de los vacíos que se analizarán más adelante, se pueden destacar los siguientes:

a.- La superposición de tipos penales que dificulta gravemente la delimitación interpretativa entre ellos. Así se tiene, como modalidad de "corrupción de funcionarios", a la "negociación incompatible" (art. 397), donde es punible el "interesarse por cualquier contrato u operación en que se intervenga"; pero existen dos modalidades de "concusión" muy similares: el "patrocinio ilegal" (art. 385), donde la conducta delictiva consiste en el "patrocinio de intereses particulares ante la administración pública"; y la llamada "colusión ilegal" o "fraude al Estado" (art. 384) que engloba los casos de "defraudación a la administración pública" en los contratos, suministros, licitaciones, etc. en los que intervenga el funcionario público, "concertándose con los interesados".

b.- La inclusión innecesaria y antitécnica de "cláusulas de extensión" de la autoría para los delitos de "fraude al Estado y patrocinio ilegal" (art. 386) y de "peculado" (art. 392). En el primer caso, el legislador incluso se ha "equivocado" en la enumeración de los sujetos "no-funcionarios" a los cuales se extendería la autoría, pues se refiere a "peritos, árbitros y contadores particulares", o sea sujetos que están obligados a la "imparcialidad" en su actuación ante la administración pública, tal como podría ocurrir, más bien, en un delito de "negociación incompatible" (art. 397) y no en los casos a los cuales se remite. Y en el segundo caso, la cláusula del art. 392 parece ser repetitiva, pues extiende la autoría de los casos de "peculado y malversación", entre otros, a "administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente aunque pertenezcan a particulares...", superponiéndose al concepto penal de "funcionario público" previsto en el art. 425, numeral 4 y que ya abarcaba los casos que tal cláusula quiere abarcar.

c.- Por último, en un intento de sobrerrepresión, se ha introducido posteriormente, en la parte general, una "agravante genérica" para todos los delitos cometidos por el "funcionario público aprovechando su condición de tal" (art. 46-A). En el caso de los delitos contra la administración pública, esta cláusula genérica es obviamente innecesaria, porque aquellos tipos penales que prevén como autor a un "funcionario público" precisamente basan el injusto en el aprovechamiento o abuso de tal condición. El peligro práctico de esta cláusula está en que, si fuera mal utilizada (como es de temer en un medio donde la dogmática penal no tiene aún tanta difusión), podría llevar a la imposición de penas desproporciondamente elevadas.

En el C. P. peruano, los tipos penales son divididos en dos grandes grupos: los delitos "cometidos por particulares" (arts. 361 a 375 C. P. peruano) y los delitos "cometidos por

funcionarios públicos" (art. 376 a 401 C. P. peruano). Ya aquí hay una primera imprecisión pues ambos grupos no pueden separarse limpiamente en función de si es o no funcionario público el ejecutor del delito. En un delito "cometido por particulares" también puede ser autor un "funcionario público" (p. ej. la "usurpación de funciones" realizada por un funcionario público que ejerce funciones que no le corresponden). Y también puede ser autor de un "delito cometido por funcionarios públicos" un particular (p. ej. en el "cohecho activo" o en el "tráfico de influencias").

Entonces, dentro de cada grupo se prevén figuras que, mayormente, son cometidas por administrados o, mayormente, son cometidas por funcionarios públicos. En el primer caso se trata de la "usurpación de funciones" (art. 361 y s.) y la "violencia y resistencia a la autoridad" (art. 365 a 373); pero también, de manera dudosa por su legitimidad, de los tipos de "ejercicio ilegal de la profesión" (art. 363 y s.) y "desacato" (art. 374 y s.). En el segundo, se tienen los casos de "abuso de autoridad" (abuso genérico, omisión de actos, denegación de auxilio, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento ilegal), "concusión y exacciones ilegales" (art. 382 a 386), el "peculado y malversación" (art. 387 a 392), "corrupción de funcionarios" (art. 393 a 401).

Es cierto que en el "control" o la "lucha" contra los delitos contra la administración pública, no son suficientes las herramientas penales; es más, la tarea de control más importante ni siquiera es penal. Como es sabido desde hace tiempo, por ejemplo en el caso de los delitos de "corrupción de funcionarios", la mejor manera de contenerlos consiste en garantizar una mayor "trasparencia" en la actividad funcionarial, una mejor remuneración para los "funcionarios", una mejor regulación de las "incompatibilidades" para ejercer cargos públicos, etc. Pero se puede decir que también la "impunidad" retroalimenta, da alicientes, para la comisión más frecuente de delitos contra la administración pública. Y aquí juega un papel importante, además del Derecho procesal y policial, sobre todo el Derecho penal. Espero demostrar, a continuación, aunque sea de manera breve, dónde radican los principales problemas de impunidad en el tratamiento penal de los delitos contra la administración pública, pero también dónde, pese a las buenas intenciones, el legislador penal puede caer en el abandono de los principios de Estado de Derecho que debieran inspirarlo. Emplearé para ello, en lo básico, el modelo peruano arriba descrito.

## 4.- Problemas de "parte general" en los delitos contra la administración pública

### 4.1.- El concepto de "funcionario público".

El primer gran problema técnico que se presenta es el de la definición del concepto "funcionario público", pues muchos tipos penales se refieren a él. En estos casos se trata de una problemática conocida en la doctrina bajo el concepto de los **delitos especiales**, o sea de aquellos tipos penales donde ya de lege lata solamente pueden ser autores del delito un grupo limitado de sujetos que reúnan las características señaladas. En el caso de los delitos contra la administación pública, se trata de sujetos que tengan la característica de ser "funcionarios públicos".

El **concepto penal de "funcionario público"** no es idéntico, aunque sí sea semejante, al manejado en el Derecho administrativo, laboral o constitucional. Como la tarea del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, su concepto tendrá que estar vinculado con el bien jurídico "funcionamiento de la administración pública" en el sentido de que sea considerado "funcionario público" todo aquél que tenga una posición especial en relación con tal funcionamiento; o sea que ejerza una "función pública" y que haya "accedido" a ella de cualquier forma legítima.

Usualmente los Códigos penales prevén una definición más o menos detallada del "funcionario público". En el caso peruano, en el art. 425 se prevé una lista de casos específicos con una cláusula final que permite a la Constitución y las leyes introducir otros casos de "funcionario público" en sentido penal (numeral 6). Aparte de los casos coincidentes con las áreas extrapenales (los comprendidos en la carrera administrativa, los administradores y depositarios de caudales embargados, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales), el art. 425 prevé dos supuestos particulares. El primero es el de aquellos que "ejercen cargos políticos" y los "funcionario de confianza" (numeral 2), pues, aunque estos no entren dentro de la carrera administrativa, tienen aquella posición especial que los hace sujetos idónes del mayor reproche penal que presuponen los tipos especiales de los delitos contra la administración pública. El caso más polémico es, sin embargo, el de empleados de empresas públicas que, aunque estén bajo el régimen laboral privado, ejerzan allí funciones públicas (numeral 3). Este caso extiende al máximo el elemento "acceso" a la función pública, pues basta con laborar en empresas públicas y tener a su cargo alguna función pública, sin que haya

existido un previo nombramiento o alguna formalidad de acceso a la función. Sin embargo, en los momentos actuales en los que el Estado tiende a "privatizar" una serie de actividades, dejándolas en manos de empresas privadas, resulta imprescindible para la labor protectora del bien jurídico, incluir estos casos dentro del concepto penal de "funcionario público".

Constituye una tendencia actual en la doctrina y legislación penal trabajar con un concepto amplio de "funcionario público". Por cierto que la técnica legislativa puede variar. Así, el C. P. español prevé una "cláusula amplia" a la manera de una regla interpretativa que distingue entre "autoridad" y "funcionario público", en función de si el sujeto tiene "poder de mando y jurisdicción" o no[2]. El C. P. alemán también es relativamente amplio (art. 11, numerales 2 y 4 StGB), pero, a diferencia de la mayoría de las legislaciones penales, excluye del concepto de "funcionario público" a los miembros del Parlamento, quienes, por eso, no entran dentro de los tipos de "cohecho". Para estos se ha previsto una figura específica: el denominado "cohecho de parlamentarios" (art. 108e StGB), el cual solamente se refiere al caso de aquél que "intenta" comprar o vender votos (tipo de "emprendimiento") para una elección o decisión en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, los Estados federados, las municipalidades o las asociaciones comunales.

Esto último merece un análisis breve. En la mayoría de los países el parlamentario también suele ser considerado "funcionario público" en sentido penal, y puede ser abarcado por los tipos "comunes" de cohecho pasivo, aunque en la práctica esto sea muy difícil. Por un lado, aparte de casos muy concretos (p. ej. la votación en el Congreso) no está claro cuándo el funcionario público ha "vendido" la actividad funcionarial, y por otro lado no siempre aparece tan clara la "ventaja" obtenida por éste. Aquí se debe trabajar más en una mejor regulación de las normas parlamentarias y electorales, exigiendo, p. ej. determinados requisitos en los candidatos (reglas sobre incompatibilidades) y parlamentarios (prohibición de "transfuguismo", trasparencia de la actividad parlamentaria, control de los lobbyes) y previendo algunas consecuencias en caso de incumplimiento (sanciones de todo tipo hasta la exclusión de la función parlamentaria), así como una mejor regulación del "levantamiento de la inmunidad parlamentaria".

---

[2] Art. 24 C. P. español: *"1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también aturoidad a los funcionarios del Ministerio Fiscal."*
*"2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones publicas."*

Esto no quiere decir que no sea posible un "cohecho de parlamentarios"; es más, dada la elevada función que estos cumplen, una "venta de la función parlamentaria" resulta incluso más grave que la compraventa de cualquier otra función pública. El modelo alemán de prever por separado un tipo penal de "corrupción de parlamentarios", excluyendo a estos de los tipos comunes de cohecho, resulta muy limitado y ha recibido, con toda justicia, críticas de la doctrina alemana, pues excluye muchos casos presentes en la práctica y exige demasiados elementos para la configuración del injusto.

### 4.2.- La autoría y participación

Como se mencionó más arriba, muchos tipos penales de los delitos contra la administración pública están construidos como "delitos especiales", es decir, solamente pueden ser cometidos por sujetos que reúnan una cualidad determinada (los "intranei"), mientras que los que no reúnan tal cualidad (los "extranei" o "extraños"), ya por mandato de la ley, no pueden cometer tal delito especial como "autores". Además, los delitos especiales pueden presentarse como "propios" o como "impropios". Los **delitos especiales "propios"** son aquellos en los que el injusto penal se basa decisivamente en la cualidad especial de quien comete los hechos; p. ej. en el C. P. peruano, el "prevaricato" (art. 418), el "abuso de autoridad" (art. 376 y ss.), la "malversación de fondos" (art. 389) o el "cohecho" (art. 393 y ss.) del C.P. peruano. No existe un tipo común similar a estos. En cambio, en los **delitos especiales impropios** la cualidad no constituye, sino solamente agrava el injusto penal ya existente; o sea, existe ya un tipo penal común al cual se puede recurrir en caso de no existir tal cualidad en el autor; ello ocurre, en el C. P. peruano, con el "peculado" (art. 387) que puede verse como un caso agravado del "hurto" (art. 185) o de la "apropiación indebida" (art. 190); o la "concusión" (art. 382) en relación con las coacciones (art. 151) o la "estafa" (art. 196).

Las consecuencias de esto han sido discutidas mediante tres teorías que, de manera resumida se pueden explicar así:

a.- Para la teoría de la **"ruptura del título de imputación"**, como de lege lata el autor de un delito especial tiene que ser un "intraneus", el "extraneus" nunca podrá ser ni autor ni partícipe de este delito. Cada interviniente deberá responder *por su propio injusto penal*, aún cuando hayan participado en la comisión de un solo hecho. Luego, en un "peculado" (delito

especial impropio), el "funcionario público" habrá cometido un "peculado", si se hubiera apropiado de bienes que tenía el deber de administrar, y el "extraneus que hubiera colaborado con él, según su grado de "dominio", habrá sido autor o partícipe de un "hurto" o de una "apropiación ilícita". En los delitos especiales propios, el "extraneus" siempre deberá quedar impune debido a que no existiría un tipo penal aplicable para él.

b.- Para la teoría de la **"unidad del título de imputación"**, tanto "intraneus" (el funcionario público) como "extraneus" cometen *un solo injusto penal*. La norma subyacente al tipo penal se dirigiría a todos y solamente se restringiría la autoría para el "intraneus". Luego, nada impediría que el "extraneus" sea partícipe de un delito de "peculado" (delito especial impropio) o "cohecho" (delito especial propio). Solamente habría impunidad del "extraneus" cuando la conducta del "intraneus" fuera impune debido a que éste no hubiera tenido "dominio del hecho". En el "peculado" ocurriría esto cuando no fuera el funcionario público sino el "extraneus" quien, con "dominio del hecho" se apropiare de los bienes que aquél debe administrar. En este caso ambos tendrían que ser punibles por el delito efectivamente cometido: un "hurto". En cambio, habría impunidad de las dos partes cuando se tratara de un "delito especial propio" ejecutado, con dominio del hecho, por el "extraneus"; p. ej. un "abuso de autoridad" que, en nombre o por encargo del funcionario, es llevado a cabo por el extraneus.

c.- Finalmente, Claus ROXIN propone una teoría nueva conocida como: la **teoría de la "infracción del deber"**. Según él, existirían dos grupos de delitos: los "delitos de dominio", en los cuales el tipo penal exigiría del autor un "dominio del hecho", y los "delitos de infracción del deber", en los cuales el tipo penal solamente exigiría la "infracción" de un "deber especial" en el autor. Luego, en los delitos especiales se trataría precisamente de este último grupo de delitos, motivo por el cual debiera bastar con la "infracción del deber" para admitir la autoría; sería totalmente prescindible el "dominio del hecho". P. ej. bastaría para la autoría del "peculado" (ROXIN pone como ejemplo la "administración desleal" del art. 266 StGB), con que el funcionario público se vaya al extranjero para permitir que otro (aleccionado y ayudado por el funcionario) sustraiga los caudales administrados.

En la actualidad debe considerarse dominante la teoría de la "unidad del título de imputación", si bien se reconoce que, en algunos casos específicos, el tipo penal no ha partido del "dominio del hecho" sino de la "infracción del deber". Esto ocurre en el tipo penal de

"administración desleal" que no existe en la legislación penal peruana; en los demás casos, el tipo penal describe siempre una conducta de "dominio", motivo por el cual la autoría tiene que considerar este elemento, además de la "cualidad especial" en el autor; aplicar aquí la teoría de la "infracción del deber" implicaría un atentado contra el principio de legalidad.

### 4.3.- La "participación necesaria"

En algunos casos, los tipos penales están construidos como tipos de "participación necesaria"; es decir, para la comisión del injusto se necesita de dos o más actos cometidas por dos o más personas. No se debe confundir esto con la "coautoría", donde dos o más sujetos, bajo un solo designio criminal, ejecutan "un solo acto" (matar, robar, violar) aunque con diversas contribuciones. En la "participación necesaria", el delito, ya según la descripción típica, necesariamente tiene que ser realizado por varios sujetos con actos similares y en la misma dirección para la afección del bien jurídico (delitos de "convergencia") o con actos provenientes de distintas direcciones y que se complementan entre ellos (delitos de "encuentro"). Ejemplos del primer caso sería el "robo en banda", la "rebelión" y la "sedición", el "abandono colectivo del servicio público"; ejemplos del segundo caso, el "favorecimiento de la prostitución", el "encubrimiento real", la "usura", el "auxilio al suicidio" (cuando fuera punible), la comercialización de drogas o productos reproducidos ilegalmente, etc.

El mayor problema intrepretativo proviene de los **delitos de encuentro**. En ellos, como se trata de dos conductas distintas, la punibilidad solamente será posible si estuviera prevista expresamente para todas las partes. Pero a veces, voluntaria o involuntariamente, el legislador solamente ha descrito la conducta de una sola parte en el tipo penal. Luego, aquí se presenta el problema de la punibilidad de la otra parte. Esto ocurre, p. ej. con el delito de "tráfico de influencias" del C. P. peruano. En el art. 400, el legislador solamente describe la conducta de aquél que "vende" la influencia, mas no la del que la compra. Lo mismo ocurre con la "comercialización de productos reproducidos ilícitamente" (pirateo) donde las legislaciones penales usualmente sólo reprimen la conducta del vendedor mas no la del comprador. En cambio, en otros casos se ha previsto por separado ambas conductas. Por ejemplo, en el caso de los "nombramientos ilegales", tanto en el art. 381 del C. P. peruano como en los arts. 405 y s. del C. P. español, se sanciona por separado tanto la conducta de quien nombra, como también la de aquél que acepta el nombramiento ilegal. Y también todas las legislaciones

conocidas criminalizan por separado un clásico delito de encuentro: el cohecho, que se divide así en "cohecho pasivo" y "cohecho activo", según se trate de quien "vende" o quien "compra" la función pública.

La doctrina considera que el "partícipe necesario", cuando su conducta no haya sido expresamente declarada punible, debe quedar impune si su "contribución" se limitara a la **contribución mínima necesaria** descrita en el tipo penal. Pero si el "partícipe necesario" fuera más allá de ese mínimo, incurriría en una "complicidad" o una "inducción". Para el caso del tipo penal peruano de "tráfico de influencias" (art. 400) la aplicación de esta teoría no es fácil debido a la redacción del tipo. En éste, que además está siendo empleado actualmente en una serie de procesos penales en el Perú, sólo está prevista expresamente la punibilidad de la "venta" del traficante (el ofrecimiento, bajo una retribución, de influir en un funcionario público), pero de tal manera que hace difícil la posibilidad de una punibilidad del partícipe necesario (el "vendedor" debe "invocar influencias reales y simuladas" y "ofrecerlas"). Está claro que el partícipe necesario siempre quedaría impune si solamente accediera al ofrecimiento. Pero puede interpretarse, aunque ello también sería discutible de lege lata, que podría haber punibilidad cuando su conducta fuera más allá de esta mera aceptación de la oferta; p. ej. si fuera el "comprador" quien, activamente y bajo promesa de pago o pago de un beneficio, pidiera interceder a un conocido del funcionario público ante éste para que resuelva favorablemente un caso.

### 4.4.- La "inmunidad parlamentaria" y la "prescripción"

No pocos son los casos de delitos contra la administración pública (particularmente "corrupción" y "abuso de autoridad") que involucran a miembros del Parlamento u otros altos funcionarios de gobierno. Sin embargo, en la práctica existe mucha dificultad para sancionar estos delitos o siquiera para investigarlos.

El origen de la **inmunidad parlamentaria** se basó en la idea de otorgar un "privilegio" al Parlamento" (no al parlamentario en particular) para evitar que el Ejecutivo influya en él (es decir en su "libertad de discusión y decisión, así como en su conformación representativa) afectando así su funcionabilidad. Solamente de manera mediata se buscaba proteger al propio parlamentario contra "persecuciones tendenciosas". Sin embargo, últimamente la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemanas destacan más el "derecho del parlamentario" a la

inmunidad y el respeto a su estatus, y exigen que el Parlamento, en su decisión de levantarla, no proceda "arbitrariamente". Con esto se tiende a restringir las posibilidades del **"levantamiento"** de la inmunidad parlamentaria. Pese a todo, las constituciones políticas parecen haberse inspirado en la idea original de la inmunidad parlamentaria como "privilegio del Parlamento" y no del "parlamentario" (art. 46, segundo párrafo de la GG alemana, art. 71, segundo párrafo de la Constitución española, art. 93, tercer párrafo, Const. peruana de 1993).

Independienmente de la discusión sobre la naturaleza de la "inmunidad parlamentaria" (¿simple prerrogativa o privilegio?), hay una suerte de consenso en la mayor parte de la doctrina acerca de la necesidad de que esta medida continúe existiendo, pues el peligro latente de las persecuciones tendenciones contra los parlamentarios es indesligable de todo sistema de división de poderes. Esta afirmación se sostiene incluso a pesar de existir otras medidas modernas de protección del Parlamento frente al Ejecutivo (p. ej. el "voto de desconfianza"; la garantía del juicio penal a través de la Corte Suprema) y de la importante crítica de parte de la doctrina, basada sobre todo en experiencias recientes de notoria impunidad penal. Además, desde la perspectiva de la doctrina dominante, la "inmunidad" como "protección" de su titular ante persecuciones tendenciosas motivadas políticamente, también parece ser necesaria para los miembros del tercer poder del Estado: los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 201, segundo párrafo Const. Peruana de 1993). Y también, en cierta medida, para el máximo funcionario del Ejecutivo, el presidente de la República (Canciller federal en Alemania). No se entiende en cambio por qué deberían gozar de esta inmunidad otros altos funcionarios del Ejecutivo como los Ministros de Estado (salvo que sean, al mismo tiempo, parlamentarios), el Fiscal de la Nación (o Fiscal General) o los miembros de la Corte Suprema. En resumen, aunque todavía puede sostenerse la necesidad de la "inmunidad parlamentaria", deberían buscarse opciones a dicha medida para reducir las posibilidades de abuso e impunidad de los políticos que se observa en la práctica.

Más allá de esta dificultad de "principio" en cuanto a la legitimidad de una "inmunidad parlamentaria" y sus alcances, existen otros problemas prácticos. Así, no se ha aclarado si tal "privilegio" impediría incluso las investigaciones previas al inicio formal del proceso, o cuáles serían los efectos procesales de la "inmunidad parlamentaria" (dado su carácter de "impedimento procesal" expreso de rango constitucional, ¿pueden o no aprovecharse las pruebas obtenidas en las investigaciones ya llevadas a cabo?. Tampoco se ha aclarado si la "inmunidad parlamentaria" sería aplicable también para casos no penales, o sea si sería

necesario pedir el "levantamiento" antes de iniciar procesos administrativos contra el parlamentario?.

Otro de los problemas prácticos más importantes en la lucha contra la corrupción de altos funcionarios políticos se presenta con la **prescripción de la acción** (eventualmente, aunque con menos frecuencia, también con la prescripción de la pena). Se ha llegado a tal punto que ésta constituye una de las "armas de defensa" más útiles para lograr la impunidad de los casos más escandalosos de corrupción de altos funcionarios públicos. Dado que los plazos fijados en la ley apuntan a la "seguridad jurídica" y no tienen que ver, en realidad, con la definición del injusto penal, su modificación no debería tener consecuencias similares a las de las modificaciones de la "ley penal material". En Alemania la doctrina dominante, la cual me parece correcta, admite que la "prescripción" solamente tendría una naturaleza "procesal" (algunos, aunque con la misma consecuencia, hablan de una naturaleza "mixta); por eso sería posible cambiar "retroactivamente" los plazos de prescripción de la acción, sea directamente, sea indirectamente (p. ej. introduciendo nuevos casos de "suspensión" de los plazos de prescripción). En cambio, cuando la ley, para los **plazos de prescripción** remita al injusto básico de los tipos penales (como ocurre en los Códigos penales de Perú, España y Alemania), aquí no debería haber lugar para un reducción o ampliación de estos plazos recurriendo (como suele admitir la doctrina española) a las atenuantes y agraventes que pudieran existir para el caso concreto, llegando así a construir un marco penal y un plazo de prescripción ad hoc.

## 5.- Algunos problemas de la "parte especial"

Aparte de los problemas ya señalados más arriba y derivados del erróneo entendimiento del bien jurídico tutelado, hay otros que tienen que ver con la concepción político criminal del legislador penal en la época actual. Veamos los casos más urgentes para el Derecho penal latinoamericano.

### 5.1.- ¿Descriminalización de la "malversación de fondos"?[3]

[3] El art. 389 del C. P. peruano dice:
*"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquélla a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años."*
*"Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años."*

El tipo penal de "malversación de fondos" (art. 389 C. P. ) siempre ha sido polémico. A diferencia del "peculado" (art. 387 C. P.), aquí no se da un "destino privado" a los bienes públicos, sino un destino "público", aunque distinto a aquél que estaba previsto.

En contra de una corriente doctrinaria que exige la descriminalización de esta figura para dejarla en el campo meramente administrativo, debe constatarse que, en la práctica, algunos casos de "desvío de destino" pueden ser tan graves como los de "aplicación privada" (peculado). Y es que todo depende de la finalidad para la cual estaban destinados los bienes públicos; no es lo mismo que en vez de construir una escuela, un hospital o atender una emergencia pública (terremoto, plagas, epidemias, etc.), se apliquen los fondos para la construcción de una piscina pública o para mejorar el ornato público. Además, muchos casos de "malversación" pueden ocultar verdaderos favorecimientos del funcionario público a terceros interesados; p. ej. en vez de construir la carretera A, cuya licitación había ganado una empresa X, se invierten los fondos para la prestación del servicio B, en manos de una empresa amiga del funcionario y mediante "adjudicación directa" (de conformidad con la ley).
Y es que el "patrimonio" de la administración pública no es igual al de los particulares, pues, además de su contenido económico, reúne otros elementos específicos, tal como ha destacado TIEDEMANN: el concepto contiene su orientación hacia un destino planificado y la utilización planificada de los medios. Por eso aquí también existen un bien jurídico y un "objeto concreto" que el Derecho penal debe seguir protegiendo: la "correcta aplicación de los fondos públicos" que puede formularse también como el principio de "legalidad presupuestal" (disciplina y racionalidad funcional en el servicio).

Así lo ha entendido también el legislador español, el cual ha mantenido el tipo de "malversación impropia" en el art. 433, aunque con una penalidad muy reducida en caso de reintegro total de lo distraído (multa de sies a doce meses y suspensión temporal del empleo o cargo público). Y tampoco el legislador peruano ha eliminado el tipo penal de "malversación de fondos", aunque ha intentado precisarlo un poco más introduciendo en 1999 los elementos típicos adicionales de "aplicación definitiva" y "afectación del servicio o de la función encomendada".

### 5.2.- Vacíos en los tipos de "cohecho"[4]

[4] En el C. P. peruano existen, entre otros, los siguientes tipos básicos:
*Art. 393 (cohecho pasivo propio): "El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra entaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a*

5.2.1 Los tipos peruanos de "cohecho"

En el C. P. peruano, bajo la denominación "corrupción de funcionarios públicos" se entiende una serie de figuras típicas: el "cohecho" (arts. 393 a 396, 398 a 399), las "negociaciones incompatibles con el cargo" (art. 397), el "tráfico de influencias" (art. 400), y el "enriquecimiento ilícito" (art. 401). El término "corrupción", por sí mismo, se referiría así a un fenómeno que va más allá del mero "cohecho" (la compraventa ilícita entre un funcionario público y un particular).

El **"cohecho"**, en su acepción más clásica, consiste básicamente en una especie de "compraventa" de la función pública (do ut des). Es decir, una especie de contrato ilegal entre el funcionario y otro, en el que ambos acuerdan libre y voluntariamente un intercambio de prestaciones: el funcionario, una determinada actividad o inactividad funcionarial y el otro, la entrega de un bien o la realización de una prestación a favor del primero. A este núcleo del injusto, contenido en la modalidad de "recibir" o "aceptar" "bienes, dádivas o ventajas" se agrega una modalidad de ejecución (aparentemente) unilateral: el "solicitar". Esta modalidad, según parte de la doctrina, no implicaría propiamente un "pacto injusto" y, por ello, la parte activa (el particular) ni siquiera tendría que conocer la solicitud para que esta modilidad se vea consumada; pero la "contractualidad sui géneris del cohecho (que la distingue de los casos de "exacciones ilegales") sí podría existir si se exigiera, para la consumación de esta modalidad, que el funcionario haya "solicitado" bajo el supuesto de querer ofrecer algo a cambio de una contraprestación.

Algunas legislaciones (España) exigen que la contraprestación al funcionario público tenga contenido económico; otras (Alemania, Perú, etc.), se refieren ampliamente a "ventajas", las que pueden tener contenido económico o no. El elemento "contractualidad" o "bilateralidad" sui generis (existente incluso en la modalidad de "solicitar") distingue el "cohecho" de la

---

*consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años".*
*Art. 394 (cohecho pasivo impropio): "El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años."*
*Art. 399 (cohecho activo): "El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años."*
*"Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años."*

"concusión" y de las "exacciones ilegales"; estos últimos tipos penales –de diferente maneran- existe en Perú, España y muchos países latinoamericanos, pero no en Alemania).

Ahora bien, la técnica legal ha preferido expresar por separado el injusto de las dos partes del "pacto injusto" en sendos tipos penales; para el caso del funcionario público, se trata de los tipos de "cohecho pasivo", para el otro, de "cohecho activo". Y cuando el pacto injusto entre funcionario e interesado se refiere a una violación de deberes funcionariales, se trata de un "cohecho propio", cuando no existe tal violación, se trata de un "cohecho impropio". Consecuentemente, suelen existir tipos penales de "cohecho pasivo propio", "cohecho pasivo impropio", "cohecho activo propio" y "cohecho activo impropio". Por último, cuando el pacto injusto presupone un cumplimiento "futuro" por parte del funcionario, se habla de un "cohecho antecedente", cuando tal pacto injusto se produce en un momento posterior a la actividad del funcionario, se trata de un "cohecho subsiguiente".

Por lo general las legislaciones penales reprimen ambos casos en el "cohecho pasivo"; en el caso del "cohecho activo", a veces se considera que el "cohecho subsiguiente" no tendría suficiente injusto penal (p. ej. en el C. P. peruano). Por último, en todos los casos de "cohecho", los tipos penales exigen que una de las partes reúna la cualidad de "funcionario público". Es decir, se trata de delitos especiales. El concepto penal de funcionario público suele ser definido en la propia ley penal y es más amplio que el concepto proveniente del Derecho administrativo. Comprende dos elementos: el acceso a la función (por mandato legal, nombramiento o elección) y el ejercicio de funciones públicas.

5.2.2 Problemas interpretativos de los tipos tradicionales de "cohecho"

Muchas legislaciones (p. ej. Perú) solamente prevén la punibilidad del cohecho "pasivo" subsiguiente más no del **cohecho "activo" subsiguiente**. Pero la justificación de la punibilidad del "cohecho subsiguiente", sobre todo cuando se trata del cohecho "pasivo", se basa en la "peligrosidad" de la conducta: tales formas de cohecho encubrirían auténticos cohechos antecedentes o formarían parte de una estrategia amplia de establecer contacto con el funcionario (la "alimentación" del funcionario) para futuros acuerdos ilegales.

También se ha discutido mucho sobre el elemento **"provecho propio"**. En este caso, cuando el tipo penal no especifica nada, la doctrina mayoritaria ha entendido tradicionalmente que el

tipo penal solamente abarcaría casos de *provecho propio del funcionario público*; es decir quedarían excluidos los casos en los que el funcionario quiera la ventaja para un tercero. Posteriormente se ha interpretado que también existiría este provecho propio del funcionario cuando se vea favorecido de manera "mediata". Aquí a veces se llega incluso a una coincidencia entre provecho propio "mediato" y "ventaja inmaterial" (directa), pues se puede decir que el funcionario se vería ya favorecido él mismo (espiritualmente) cuando la ventaja material la obtenga un tercero (p. ej. un partido político, una empresa, etc.). Con esto se pierde precisión y se puede llegar a la analogía.

Por otro lado, dado que algunos tipos penales se refieren simplemente a "cualquier ventaja", la doctrina ha hecho la distinción entre ventajas materiales (o sea con contenido objetivo, mensurable económicamente) y **ventajas inmateriales**. Pero estas últimas no han podido ser definidas, pues algunas veces esconden auténticas ventajas materiales (en el sentido de mensurables económicamente) como en el caso del favor sexual (existe un mercado de ello) o bien van demasiado lejos y abarcan conductas altruistas o inocuas (la mera satisfacción propia, la vanidad, etc.). Especialmente actual es el problema de la ventaja inmaterial en el caso de los "fondos de terceros" o los "auspicios" en la actividad de algunos funcionarios públicos (particulamente médicos, investigadores de instituciones científicas o universidades). El elemento "ventaja" también trae consigo el problema de determinar su *magnitud*. Tampoco este problema ha podido ser solucionado hasta ahora. En la doctrina dominan ahora opiniones que admiten la "adecuación social" o la "imputación objetiva" para excluir de la tipicidad algunos casos de ventajas mínimas; aunque aisladamente se ha afirmado también que debería bastar cualquier tipo de ventaja o se ha propuesto introducir cuantías para las ventajas materiales.

### 5.2.3 La "corrupción transnacional" y la "corrupción privada"

La interpretación tradicional del concepto "funcionario público" ha presupuesto siempre que se trataría de personas que ejercen "funciones" dentro de la administración pública "nacional". Mejor dicho, siempre han quedado fuera del concepto tanto los "funcionarios privados" (miembros del directorio de empresas nacionales o extranjeras, altos directivos o empleados de entes colectivos o instituciones de todo tipo, etc.) como los "funcionarios públicos extranjeros" (p. ej. miembros de organizaciones internacionales, trabajadores de embajadas, consulados, miembros de delegaciones extranjeras, etc.), por más que ejerzan sus

funciones dentro del territorio de la legislación penal con jurisdicción para el proceso respectivo. En uno y otro caso, aunque el "funcionario" defraude la posición de confianza especial que le haya concedido una organización o un país extranjero, vendiendo su actividad funcionarial, siempre ha quedado impune. En el primer caso se habla de "corrupción privada", en el segundo de "corrupción transnacional".

Los supuestos de *corrupción privada* se asemejan al "cohecho" tradicional en cuanto a que se influye secretamente en una persona cualquiera, en cuyas manos está la decisión de un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado; pero esta persona no tiene la cualidad de "funcionario público", sino en todo caso de un "funcionario privado" que actúa en el marco de cualquier actividad empresarial (un concurso de méritos, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.). Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la leal competencia: el soborno de empleados privados para obtener alguna información sobre la empresa para la cual trabajan ("soborno comercial" o "revelación de secretos"). La dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina; la empresa afectada puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc.

En la *corrupción transnacional* sí existe un acto de "cohecho activo" dirigido a un "funcionario público", pero éste es un "funcionario extranjero" y, por lo tanto, dado que el concepto de "funcionario público" solamente se vincula con funciones nacionales, suele ser impune según las legislaciones nacionales tradicionales. Como se suele señalar, la dañosidad de este tipo de corrupción estriba en sus implicancias político-sociales, pues no es raro que las empresas transnacionales elaboren su estrategia previendo partidas especiales para actividades corruptoras y se aprovechen de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes. Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realiza el acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional, con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional. Especialmente escandalosa fue la situación en Alemania hasta antes de la reforma, pues incluso el Derecho tributario permitía incluso deducir tributariamente a empresas

nacionales que actuaran en el extranjero, aquellos "gastos" hechos en actividades corruptoras en el extranjero. Dado que los países menos desarrollados se encuentran presionados por el deseo de atraer capitales, usualmente no reprimen penalmente estas prácticas.

La legislación norteamericana, consecuente con la protección de la libre competencia, ha tenido una labor pionera en la lucha contra la "corrupción transnacional". Así, ya desde 1977 está vigente en los EE. UU. la "Foreign Corrupt Practices Act" que persigue penalmente en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos incluso en el extranjero; y también se dirige esta figura contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el extranjero; es más, incluso se persigue a extranjeros que hayan cometido estas conductas en el extranjero en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional").

En Latinoamérica, la "Convención Interamericana contra la corrupción" de 29-03-1996, además de ocuparse de la corrupción nacional se refiere también a la "corrupción internacional" en su artículo VII. Los países firmantes se compromenten a luchar contra estos actos de corrupción desde el momento de su ratificación. En el caso peruano, la ratificación se ha dado el 24 de marzo de 1997. Sin embargo, hasta ahora ha incumplido con introducir los tipos penales pertinentes en el Código penal. Por cierto que, por otro lado, no se puede afirmar que la Convención misma haya dado un marco óptimo en la lucha contra la corrupción, pues no prevé un tipo legal de "corrupción de funcionarios privados", sino solamente la corrupción de funcionarios públicos por nacionales, residentes extranjeros y empresas domiciliadas en el país, relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica[5]. Salta a la vista que esta tipificación es menos completa que la norteamericana, pues por un lado se refiere solamente a actividades económicas y no también a las políticas (que indirectamente pueden tener por trasfondo un interés económico) y excluye los sobornos cometidos por extranjeros no domiciliados y los sobornos de nacionales o extranjeros, cometidos en el extranjero, pero con efectos para la competitividad en el mercado nacional. En todo caso, ni siquiera esta versión ligera de la lucha contra la corrupción privada ha sido llevada aún a la legislación peruana. En cambio, Chile sí ha introducido tal tipo penal en los arts. 250bisA y 250bisB del C. P. mediante la ley 19.829 de 08 de octubre de 2002.

---

[5] *Artículo VIII de la Convención: "Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial..."*

Alemania también ha cumplido ya el compromiso de penar la "corrupción transnacional" que adquirió con la suscripción del "Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos en el tráfico comercial internacional" de 17 de diciembre de 1997 (también suscrito e incumplido hasta ahora por el Perú). En 1998 se ha introducido la "Ley de lucha contra la corrupción internacional", que prevé tipos de cohecho activo a funcionarios públicos extranjeros de cualquier país del mundo (no solamente de los países signatarios del Convenio), con el objeto de que este funcionario ayude al interesado a cponseguir o mantener un contrato en el tráficocomercial internacional o cualquier otra ventaja injusta. Por otro lado, con la reforma de 1997 Alemania también ha cumplido con mejorar sus tipos penales contra la "corrupción privada". Así se han trasladado las figuras penales, que antes estaban en el art. 12 de la "Ley contra la competencia desleal" (actos de corrupción de funcionarios privados y particulares de manera paralela al cohecho pasivo y activo de funcionarios públicos) al art. 299 y 300 del StGB ("cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial")[6]. Estos "nuevos" tipos penales se refieren a "atentados contra la competencia".

Ambos casos de "corrupción" coinciden en muchos elementos de la conducta típica y, expresa o tácitamente, presuponen su comisión a través de empresas y en el marco de la lucha competitiva entre ellas. Pero mientras que el tipo de "corrupción privada" se orienta claramente a proteger la "lealtad de competencia", en la "corrupción transnacional" destaca también, con igual o mayor rango que la protección de la lealtad de competencia, la protección del "funcionamiento de la administración pública".

### 5.3.- Necesidad de un tipo de "tráfico de influencias"[7]

Muchas veces se producen actos previos al "cohecho" que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que éste y, sin embargo, quedar impunes. El caso más

---

[6] Art. 299 StGB (traducción libre): *"(1) Quien como empleado o encargado de una empresa comercial, en el tráfico comercial, exija, se haga prometer o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación de que favorezca de manera desleal a otro en la competencia de la adquisición de bienes o prestaciones comerciales, será penado con privación de la libertad de hasta 3 años o con multa".*
*(2) Igualmente será penado quien, en el tráfico comercial con fines de competencia, ofrezca, prometa u otorgue a un empleado o encargado de una empresa comercial una ventaja para éste o un tercero como contraprestación de que prefiera a éste o a otro, de manera desleal, en la adquisición de bienes o de prestaciones comerciales."*
*(3) Los párrafos 1 y 2 rigen también para acciones de competencia en el extranjero."*

[7] El *artículo 400* del C. P. peruano dice: *"El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años."*

evidente es el del llamado "tráfico de influencias", el cual ocurre cuando se ofrece en venta la "influencia" que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador. Como los tipos de "cohecho" no abarcan estos casos, en muchos países se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente.
Entonces, la figura de "tráfico de influencias" se acerca al injusto típico del "cohecho" pero no es idéntico a éste: con este tipo penal se buscar abarcar penalmente la "compraventa" de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcionarial.

La práctica ha demostrado la gravedad de estas conductas, aunque la técnica penal empleada por el legislador para controlarlas no siempre haya sido exitosa en todas partes. Precisamente el caso peruano es testimonio teórico y práctico de este defecto. Como ya se vio más arriba, el tipo penal del art. 400 se ha "olvidado" de describir la conducta del "comprador de la influencia", desconociendo que el "tráfico de influencias", al igual que el "cohecho" y otros tipos penales (muerte a petición, aborto, usura, venta ilegal de reproducciones ilícitas, etc.), constituye un "delito plurisubjetivo" o "de participación necesaria", es decir, el injusto penal el autor principal se da recién cuando es complementado con la conducta de otro (la víctima, el favorecido, un tercero). En el tráfico de influencias esta conducta es la de la parte compradora, la cual, entonces, quedará casi siempre impune ya de lege lata.

En el marco de la Unión Europea se ha previsto también la introducción de un tipo de "traffic d'influences" en los países miembros. Alemania todavía presenta este vacío, pero en el futuro va a tener que modificar su legislación penal para introducir este tipo penal.

### 5.4.- El "enriquecimiento ilícito"[8]

En la doctrina penal latinoamericana, ante la desesperación originada por el deseo de controlar la masiva y creciente corrupción de funcionarios públicos, se suele aceptar

[8] El artículo 401 del C. P. peruano dice: *"El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".*

acríticamente la existencia del tipo penal de “enriquecimiento ilícito”, e incluso algunos instrumentos internacionales (La Convención Interamericana de 1996) recomiendan su inclusión. No obstante, si se lee atentamente el tipo penal, rápidamente puede uno darse cuenta que el injusto penal está basado en la “no-justificación” de un “incremento patrimonial” (considerable), con lo cual se atenta evidentemente contra una serie de principios básicos del derecho penal.

Y es que este tipo penal tiene todas las características de un “delito de sospecha”; el injusto penal consistiría en el no poder demostrar la legalidad del incremento patrimonial del funcionario público. Por su estructura recuerda al llamado “tipo de canallas” (Schurkenparagraph) que, en la doctrina alemana, es tomado como ejemplo de atentado contra el principio de certeza: “Todo canalla será penado con...”. Y es que aquí el legislador está incumpliendo con su obligación de precisar el contenido de injusto de la conducta. También ocurre lo mismo con el tipo de “enriquecimiento ilícito” donde se sanciona un “estado” (el hecho de enriquecerse) y se invierte la carga de la prueba (el imputado debe probar que su enriquecimiento provino de fuentes lícitas). Más bien el trasfondo es la “sospecha” de que el funcionario público se habría enriquecido cometiendo otros delitos contra la administración pública. Y esto es precisamente lo que se tiene que probar; el “enriquecimiento ilícito” solamente debería ser indicio de la comisión de otros delitos más no un delito por sí mismo pues no tiene ni un “bien juridico” ni “objetos concretos” de algún bien jurídico que se quiera tutelar.

**6.- Conclusiones**

Después de este apretado recorrido por el amplio capítulo de los delitos contra la administración pública, se puede decir de manera resumida lo siguiente:

a.- La doctrina penal y la legislación penal reciente ha emprendido la tarea de adecuar los delitos contra la administración pública a un entendimiento moderno del Estado de Derecho. En este sentido debe entenderse como bien jurídico tutelado al “correcto funcionamiento de la administración pública” y, en cada caso concreto, verificar la “lesividad” dirigida a los distintos “objetos de protección” que tal bien jurídico englobe.

b.- No obstante, todavía existen una serie de problemas técnicos que solucionar. Particularmente problemático es el concepto de "funcionario público" y los problemas de autoría y participación que se derivan de él. Pero también tienen que solucionarse aún cuestiones de la parte especial. Para ello, por lo visto, hay ya una corriente internacional, basada en una serie de Convenios, que está influyendo en la legislación penal nacional, sobre todo en lo que respecta al tratamiento de la "corrupción de funcionarios" (introducción de la "corrupción transnacional", la "corrupción privada" y la "corrupción política"). Debe observarse, sin embargo, con cautela, los intentos de introducir el tipo penal de "enriquecimiento ilícito" en el área Latinoamericana. En Europa se ha prescindido hasta ahora de un tipo penal semejante por razones de principio.

c.- Pero, en mi opinión, al igual de lo que se observa con los delitos económicos, hay hasta ahora un "déficit de valoración" penal en cuanto a la gravedad e incidencia social de los delitos contra la administración pública, en especial, en el caso de los tipos de "corrupción". Y es que los países parecen vivir bajo la ilusión de no ser afectados mayormente por este grupo de delitos o de que el instrumental legal sería suficiente para controlarlos. Un buen ejemplo de lo primero es Alemania, remecida desde hace algunos años por escandalosos casos de corrupción, y donde, pese a la reforma de 1998, muchos de estos casos terminan o bien con la absolución o bien con una pena meramente simbólica. En el caso del Perú, aunque se es consciente del grave problema que se tiene con estos delitos y, gracias a la coyuntura política, ha habido últimamente una ardua labor judicial, la técnica penal ha sido deficiente por todos los lados: se ha pecado por "exceso" introduciendo exageradamente tipos penales que dificultan la interpretación, se han cometido fallas técnicas que dejan vacíos de punibilidad, y subsisten posibilidades de lograr la impunidad aplicando una serie de medidas procesales y materiales previstas en la legislación vigente (p. ej. la prescripción, la inmunidad parlamentaria, las medidas alternativas a la pena, etc.)

# LECTURA Nº 03

# DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA: LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

**POR. RAMIRO SALINAS SICCHA**[1]

## 1. AUTORES Y PARTÍCIPES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Aspecto problemático de los delitos contra la administración pública lo constituye saber o identificar quienes son autores, coautores o cómplices en la comisión de un delito.

Es lugar común en la doctrina sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el delito. La coautoría exige tres requisitos: "Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer"[2].

La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito.

---

1 JUEZ SUPERIOR TITULAR DE LIMA. INTEGRANTE DE LA SALA PENAL NACIONAL.

2 Ejecutoria Suprema del 6 de mayo de 1999, Exp. Nº 1199-99-Cañete.

La participación también está prevista en el artículo 24º del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito.

Todo lo señalado es desde la postura de la teoría del dominio del hecho[3] al cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. No obstante, los delitos especiales como lo constituyen los delitos contra la administración pública, de modo alguno sirve la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice. Más bien, para los delitos especiales, tenemos la teoría de infracción de deber. Según esta postura, autor es quien tiene un deber especial penal impuesto por la ley penal y lo infringe, y partícipe es quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial penal.

En principio, en los delitos contra la administración pública no cualquier persona puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la administración pública. Si en un caso concreto la persona que ha cometido un acto, por ejemplo defraudatorio para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá serle atribuido un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica a cualquier funcionario o servidor público, no podrá serle atribuida la comisión del delito de que se trate, por ejemplo el delito de colusión o peculado.

En tal sentido, podemos formularnos las siguientes preguntas:

1. ¿qué sucede con los particulares que comenten el delito a pedido o sugerencia del sujeto público obligado?,
2. ¿qué sucede con los particulares que participan junto a un sujeto obligado en la comisión de un delito en perjuicio del Estado?, o

[3] Por todos: Roxin, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 470.

3. ¿qué sucede con el particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la administración pública?, o
4. ¿qué sucede con el particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito en agravio del Estado?
5. ¿qué sucede con los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado y además, tiene relación funcional en la comisión de un hecho punible en agravio del Estado?

La primera pregunta, si respondemos con la teoría del dominio del hecho, seguramente llegaremos al absurdo de afirmar que los particulares serían autores directos y los sujetos obligados autores mediatos o instigadores. Resulta absurda esta respuesta debido que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial. Respecto de la segunda pregunta, si respondemos bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que los particulares serían coautores de los sujetos obligados. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse debido que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser coautores de un delito especial.

Asimismo, al responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho, llegaríamos a decir que los particulares o extraños a la administración pública, sería autores mediatos o instigadores del delito cometido. No obstante, tal respuesta aparece como absurda, pues el particular al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, no pueden ser autores mediatos. Al responder la pregunta cuarta, si utilizamos los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor público sería cómplice primario o secundario, según el apoyo que haya proporcionado al autor en la comisión del delito. Sn embargo, como luego

analizares, aquí se trata de sólo cómplices. No puede diferenciarse entre primario o secundario.

Finalmente, al responder la pregunta quinta con la teoría del dominio del hecho, los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado serían coautores. Sin embargo, tal respuesta no es correcta, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores.

En la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica, que las interrogantes planteadas y otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de infracción de deber formulada también por Claus Roxin por vez primera en 1963, cuyos planteamientos pasamos a analizar.

## 2. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Claus Roxin[4].

Como ya se explico, para diferenciar a la teoría del dominio del hecho con la teoría de infracción del deber, resulta necesario afirmar que según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la "infracción del deber". Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican

---

4 De entrada debe quedar claro que aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber según la explicación y desarrollo dogmático del profesor Günther Jakobs, por las razones que luego explicaremos.

en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la administración pública”, en los cuales *autor* es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”[5].

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo. En consecuencia, en los delitos contra la administración pública, los sujetos públicos tienen deberes especiales como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública.

Se entiende por delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales la figura central (autor) de evento criminal se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal[6]. Autor será quien infringe el deber especial penal, y partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría[7]. De ello, se concluye que el *intraneus* es

---

5 ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general,* T. I, Editorial civitas, Madrid, 1997, p. 338; también en Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 6ta. edición traducido por Cuello-Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 383- 385. De igual modo, ROXIN citado por PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 72.

6 PARIONA ARANA, ob.cit., 2011, p. 79.

7 Es más, según el profesor CARO JOHN que se adhiere a la concepción de Jakobs enseña que en este modelo que rige el principio de autoría única, en todos “los supuestos, el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de

autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica "a través de otro", infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el "dominio del hecho", el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo[8]. Sin duda, esta teoría contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos penales que presuponen deberes especiales de carácter penal[9]. La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llegaban las teorías que se basaban en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos[10].

Aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber en la vertiente de Jakobs, pese a que como sostiene el profesor Caro John[11] la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber. Bajo esta concepción normativa pura del derecho penal, se enseña que la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento. Para esta forma de explicar el derecho penal, la razón de la imputación es la infracción del deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción del deber siempre fundamenta la

---

adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor". Ob. cit., 2010, p. 87).

8 PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 71.

9 Para los interesados en hacer siempre derecho penal comparado, se les indica que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxín es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los extranei sólo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices e inductores). Véase: Feijoo Sánchez, Bernardo, ob. Cit., 2013, p. 29.

10 Cfr. Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, en el libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrea, Ara editores, Lima, 2006, p. 770.

11 CARO JOHN, ob. cit., 2010, p. 71.

punibilidad[12]. Según esta forma de explicar el derecho penal, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387º del Código penal, si el sujeto público infringiendo su deber funcional de administrador se dispone a apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para esta teoría sería irrelevante penalmente si el sujeto público llega realmente a apropiarse del bien público. Situación que al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues como veremos, la misma construcción de la fórmula legislativa del 387º exige la concurrencia de otros elementos objetivos para la consumación del delito de peculado. De modo que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado.

En tal línea del razonamiento, no se sigue esta postura, pues como lo sostiene Pariona Arana[13], por la forma como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código penal en su parte especial, no es posible sostener al menos en el Perú, que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de los delitos contra la administración pública por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. De modo que la sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

En otro extremo, no sigue también aquí la postura del funcionalismo normativista de Jakobs en la explicación de la autoría y participación de los delitos contra la administración pública, debido a que según esta concepción si en un

---

12 VILLAVICENCIO TERREROS, citando a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Derecho Penal, parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 307.

13 PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 73.

hecho concreto participa un *extraneus*, este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. Por ejemplo, si en la sustracción de los caudales públicos participan el sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, para esta concepción, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, en cambio, el particular extraño, responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio[14]. Un mismo hecho tendría doble calificación jurídica. En efecto, según esta concepción en el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas y por tanto no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación, sino por el contrario, sigue la teoría de la ruptura del título de imputación[15]. La razón del cambio de criterio radica en la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los intranei al tipo. Los extranei no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber. En consecuencia, el partícipe no podrá ser sancionado con el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber[16].

Para graficar este aspecto el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*, pone los siguientes casos: "una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez la ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera

---

[14] Véase, García Cavero, Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos, en Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública, (coordinadora Castañeda Otsu, Susana), Jurista Editores, Lima, 2014, p. 637.

[15] Para saber la diferencias entre una y otra teoría, así como sus consecuencias prácticas véase: Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, ob. Cit., Lima, 2006, pp. 760-761.

[16] García Cavero, citando a Heiko Lesch, ob.cit., 2014, p. 634.

esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *nemimem laede* (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei* en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales)"[17].

Esta forma de enfrentar el delito que lesiona o pone en peligro el bien jurídico general denominado correcto funcionamiento de la administración pública, no es de lo más adecuado y eficaz. Genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público[18]. Esto es más evidente en los delitos especiales propios donde no hay delito subyacente como por ejemplo en el prevaricato. Aquí si un particular ayuda a un juez a cometer el citado delito, su conducta quedaría sin sanción. Su conducta sería impune.

Por tal razón, como ya hemos indicado, en el Perú ha sido superada luego que a inicios del siglo XXI, con el derrumbe de la cúpula política que gobernó el país desde 1990 hasta el 2000, se procesaron múltiples casos por la comisión de múltiples delitos contra la administración pública.

Jurisprudencialmente se ha impuesto en nuestra patria, la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación[19] y accesoriedad,

---

17 CARO JOHN, ob. Cit., 2010, p. 82.

18 Situación que incluso es reconocida por los que sustentan esta posición como por ejemplo el profesor García Cavero, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima, 2008, p. 601.

19 En cambio la teoría de Jakobs sostiene la ruptura del título de imputación, la misma que sostiene que solo el funcionario o servidor público responde como autor del delito especial cometido, en tanto que los extraneus que participan en la comisión del mismo delito especial, responden penalmente por un delito común. Cfr. García Cavero, ob.cit, 2008, p. 600; también ob.cit., 2014, p. 639.

los particulares o *extraneus* responden por la comisión del delito especial cometido por el sujeto público autor, pero como cómplices. Incluso, así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116[20]. En efecto aquí entre otros aspectos se precisó que "los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores".

Nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación)[21]. Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación.

Así por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción, se tuvo diversos procesos penales en los cuales, el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que los terceros (*extraneus*) que habían participado con ellos en la comisión del mismo delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos de hurto o apropiación ilícita[22], los mismos que al final eran absueltos debido al uso del argumento siguiente: es imposible que existan partícipes de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos,

---

20 De fecha 06 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción).

21 ROJAS VARGAS. *Delitos contra la administración pública,* Grijley, Lima, 2002, p. 76.

22 Claro está siguiendo la posición de Jakobs que aquí no seguimos.

trayendo como lógica consecuencia que muchos casos pasaran a engrosar las cifras de la impunidad.

Sin embargo, la situación cambio drásticamente cuando nuestra Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias supremas sobre la base de los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad[23]. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que "la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26º del Código Penal"[24].

De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que "en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado"[25]. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostuvo "Que, el Código Penal respecto a la

---

[23] Acerca del fundamento penal de la participación, véase ROXIN, Claus, ob. Cit., 2007, p. 483.

[24] Exp. Nº 3203-2002-Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 231).

[25] R.N. Nº 1813-2003-Lima.

participación, asume la tesis de la 'accesoriedad de la participación', es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas '*extraneus'* que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo… En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder 'en segundo término' y por tanto solo limitadamente"[26].

Finalmente, como ejemplo del cambio jurisprudencial que se produjo en la lucha contra los actos de corrupción, tenemos la Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004[27]. En efecto allí se expone que "aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe".

---

[26] R.N. Nº 375-2004-Ucayali (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* Nº 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545). En el mismo sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R.N. Nº 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

[27] R.N. Nº 2976-2004-Lima (SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 652). También en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 6, Lima, 2005, p. 546.

Lo cierto es que la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación y llega a soluciones jurídicas más satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido[28].

Antes de concluir con este tema, es de precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26 del CP[29] que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancias especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública, cual es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los extraneus que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial. Por ello se afirma y se sostiene en la doctrina jurisprudencial peruana que en estos casos, la pena del partícipe siempre será menor a la del autor e incluso se sostiene, que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del Código Penal sólo alcanza a los autores o intranei y no a los partícipes o extranei. Además, se debe tener claro que el artículo 26° del Código Penal no puede ser empleado para determinar el tipo penal de la parte especial aplicable al caso concreto, esto es, no puede utilizarse para asignar el título de imputación del agente. Es solo una regla general que asegura o busca un marco penal justo, para aquellos casos donde de la aplicación de los tipos de la parte especial y los dispositivos de la participación pudiere resulta penas desproporcionadas[30].

---

[28] Cfr. Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, ob.cit., 2006, p. 762.

[29] Como sugiere García Cavero, al señalar que no se puede admitir tal como lo proscribe el artículo 26 del CP, que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito, tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. Ob. Cit. 2008, p. 601; también: Ob.cit., 2014, p. 637.

[30] Cfr. Pariona Arana siguiendo a Schunemann, Participación en los delitos especiales, ob. Cit., 2006, p. 768.

Como es de advertirse en los delitos contra la administración pública, no todos son especiales. Existen también delitos comunes como por ejemplo el delito de tráfico de influencias. Es obvio, que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quién es partícipe del delito.

**3. COMPLICIDAD UNICA**. Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber la complicidad es única.

La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito. De modo que en los delitos especiales no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25° del Código penal que establece que a al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. No debe obviarse que tal artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho.

La siguiente pregunta se impone: ¿cuál es la pena que se impone en consecuencia al cómplice en los delitos de infracción del deber? El hecho que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes en nuestro sistema penal, no resultan suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial de infracción de un deber, de modo alguno podemos aceptar y consentir pacíficamente que se siga aplicando las reglas de la teoría del dominio del hecho para aplicar la sanción correspondiente al cómplice. Más bien debe propiciarse que el juez al momento de aplicar la pena al cómplice de un delito contra la administración pública, jamás debe imponer una pena igual o mayor a la impuesta al autor del delito. La pena para el cómplice será siempre menor a la del autor. El fundamento es que la conducta del autor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal, es más reprochable que la

conducta desarrollada por aquel que no infringió deber especial alguno. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice[31].

En el Proyecto de Código Penal de 2009, cuya parte general está aprobada y publicada por el Congreso de la República, y donde ya se toma en cuenta la teoría de infracción del deber para establecer la autoría y participación en los delitos especiales, encontramos el artículo 26° donde se establece que: "si en el partícipe no concurren los especiales elementos personales que fundamenten, agraven, disminuyen o excluyan la punibilidad, se atenuará la pena para él conforme al artículo 45 del Código Penal".

Esto significa que si en el cómplice no concurre el deber especial penal que si concurre en el autor, el juez atenuará la pena para el cómplice conforme a los parámetros del artículo 45 del Código Penal. En conclusión, en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor.

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues haciendo derecho comparado, encontramos que en el Derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente[32].

La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aun no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. En efecto en la Ejecutoria Suprema del 06 de mayo de

---

31 Esta tendencia incluso es la predominante en España, al respecto véase: Rueda Martín, Ángeles, reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública, en Delitos contra la administración pública (Francisco Heydegger- coordinador) Idemsa, 2013, p. 152.

32 Cfr. García Cavero, Ob.cit., 2008, p. 603.

2013[33], argumentó que "su aporte o contribución como extraneus fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria". Considero que si el Juez se decide por aplicar la teoría de infracción del deber debe hacerlo en toda su magnitud. No podemos seguir mezclando las teorías penales.

**4. LA DUPLICA DE LA PRESCRIPCION**. ¿Al *extraneus* le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal? En la línea interpretativa que se viene exponiendo, resulta claro que el extraneus, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal como si lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código penal que desarrolla el contenido de el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80° del CP, establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Significa que sólo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, les alcanza la dúplica de la acción penal.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos Acuerdos Plenarios. Así tenemos el Acuerdo Plenario N°01-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (Problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El ataque contra el patrimonio público es ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el

[33] R.N. N° 546-2012-Lima.

desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tiene esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tiene para encubrir sus actividades ilícitas.

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere: 1.- Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado. 2.- El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado, y 3.- Como fuente de atribución sirve una orden administrativa, y por tanto es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia. Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser: 1.- Íntegramente del Estado. 2.- Bienes de sociedades de economía mixta. 3.- Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.

En tanto que en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 del 06 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (intranei) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (extraneus), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguientes: El Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80º CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el

patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste. De modo que es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el intranei y extraneus derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

**5. NO ES ADMISIBLE LA COUTORIA**. Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción del deber es el hecho que no admite la coautoría definida en el artículo 24° de nuestro Código Penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Esto es, existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho[34] que explica la autoría y participación en los delitos comunes como se tiene ya expuesto. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente a la entidad material de su intervención[35]. Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay

[34] Cfr. García Cavero, Ob. Cit, 2008, p. 574.

[35] Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 1999, R. N. N° 3429-99-Callao.

coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específico. En suma ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etc. son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública. No pueden dividirse ni compartirse[36].

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionaría o infringiría el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir un solo deber especial. No hay forma de sostener que el funcionario A lesiona una parte de un deber especial, el funcionario B otra parte del mismo deber y el funcionario C la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial ensayado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010[37] y vuelto a repetir en la ejecutoria

---

[36] Cfr. Salinas Siccha, Ramiro, el delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana, en Delitos contra la administración pública (Francisco Heydegger- coordinador) Idemsa, 2013, p. 368.

[37] Véase: R.N. N° 3181-2009-lima, Sala Penal Permanente.

suprema del 03 de noviembre de 2010[38], cuando se sostiene que "en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b)una división de funciones y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello". Aquí erróneamente la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría, para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es el peculado, el mismo que como ya se expresó se explica razonablemente con la teoría de infracción del deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger con el citado delito es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como incluso, así se ha precisado de modo adecuado como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116[39].

No debe obviarse que en el delito de peculado, como se analiza mas adelante, se afecta el patrimonio del Estado en forma indirecta pero no como bien jurídico protegido sino como objeto material del delito.

[38] Véase: R. N. N° 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente.

[39] Incluso, la misma Sala Penal Permanente en la Ejecutoria Suprema del 02 de julio de 2010 tiene claro tal aspecto: Véase el R.N. N° 1594-2009-Puno.

# LECTURA Nº 04

# Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública

idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PUCP

# Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública

**Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública**

Primera edición (500 ejemplares)
Lima, Perú
Julio de 2013

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-09857

**Coautores**
Yvan Montoya Vivanco
Rafael Chanjan Documet
Yvana Novoa Curich
Julio Rodríguez Vásquez
Fany Quispe Farfán

**Colaboradores**
Renata Bregaglio Lazarte
Erick Guimaray Mori
Ricardo Santayana Sánchez
Patricia Barrantes Delgado

**Corrección de estilo**
María Pasamar Herranz

**Diseño y diagramación**
Jorge Kajatt Mera

**Impresión**
Industria Gráfica Cimagraf
Jr. Torres Paz 1252, Urb. Santa Beatriz
Lima 1 - Perú
Teléfono: (511) 265-0453

© **Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2013**
Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfonos: (511) 626-2000 anexo 7500 / 2615859 / 4613433
www.idehpucp.pucp.edu.pe

IDEHPUCP, creado en 2004, es el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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

# ÍNDICE


**INTRODUCCIÓN** 7

**CAPÍTULO 1: El fenómeno de la corrupción en el Perú** 9

1.1 Estadísticas y medición de la corrupción en el Perú 9
1.1.1 Cuestiones previas 9
1.1.2 Los cuadros de percepción 9

1.2 Marco teórico de la corrupción: Perspectivas de enfoque 14
1.2.1 Concepto de corrupción 14
1.2.2 Los enfoques sobre la corrupción 15

1.3 La corrupción en los tratados internacionales y como violación de los derechos humanos 16

1.4 Breve diagnóstico de la corrupción en el sistema de administración de justicia en el Perú 18
1.4.1 Actores de la corrupción 19
1.4.2 Técnicas de Corrupción 20

1.5 La ética de la función pública 21
1.5.1 Los códigos de ética de la función pública 22
1.5.2 La naturaleza de los códigos de ética 23
1.5.3 El Código de Ética de la Función Pública en el Perú 23
1.5.4 El Código de Ética del Poder Judicial 25
1.5.5 El Código de Ética del Ministerio Público 27

**CAPÍTULO 2: La parte general de los delitos contra la administración pública** 29

2.1 El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública 29
2.1.1 Titularidad del bien jurídico 31

2.2 El concepto de funcionario público 31
2.2.1 Autonomía del concepto de funcionario público 32
2.2.2 Concepto de funcionario público 32
2.2.3 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados 37

2.3 Los delitos contra la administración pública como delitos especiales 41
2.3.1 Delitos especiales: Concepto simple vs. concepto complejo 41
2.3.2 Clasificación de los delitos especiales en propios e impropios 45

2.4 El problema de los delitos de encuentro 46
2.4.1 Los delitos de intervención necesaria 46
2.4.2 Los delitos de convergencia y los delitos de encuentro 46
2.4.3 Supuestos de delitos de encuentro 47
2.4.4 Consecuencias contra el interviniente necesario en delitos que lo favorecen sin regulación específica de su conducta en la parte especial del Código Penal 49

2.5 La autoría y participación: El problema de la intervención del particular 50
2.5.1 Las teorías de la impunidad 50
2.5.2 Las teorías de la responsabilidad 51

2.6 El título de imputación de la intervención del particular 53
2.6.1 Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación 53
2.6.2 Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación 54
2.6.3 Las teorías mixtas 55

**CAPÍTULO 3: Las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública 57**

3.1 Los tipos de pena 57
3.1.1 Clasificación 57
3.1.2 Pena privativa de libertad 60
3.1.3 Pena de multa 60
3.1.4 Pena de inhabilitación 60
3.1.4.1 Marco teórico 61
3.1.4.2 Inhabilitación en los delitos de corrupción 62
3.1.4.3 Ejecución de la pena de inhabilitación 64
3.1.5 Pena de prestación de servicios a la comunidad 64

3.2 La prescripción 64

3.3 Las medidas alternativas a la pena privativa de libertad contempladas en el código penal peruano 66
3.3.1 La suspensión de la ejecución de la pena 67
3.3.2 La reserva del fallo condenatorio 69
3.3.3 La exención de pena 70
3.3.4 La conversión de penas 70
3.3.5 La sustitución de penas 71

3.4 La reparación civil como elemento integrante de la sentencia penal 72
3.4.1 La naturaleza jurídica 73
3.4.2 La responsabilidad civil extracontractual: Definición y contenido 75
3.4.3 Breve referencia a la reparación civil en el caso de los delitos contra la administración pública 77

**CAPÍTULO 4: Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos 79**

4.1 Los delitos de cohecho 79
4.1.1 Los cohechos pasivos 79
4.1.1.1 Cohecho pasivo propio 80
4.1.1.2 Cohecho pasivo impropio 81
4.1.2 Cohecho activo genérico 82
4.1.3 Elementos problemáticos 82
4.1.4 Problemas concursales 85

4.2 El delito de peculado 86
4.2.1 El bien jurídico específico 87
4.2.2 Elementos problemáticos 88
4.2.3 Problemas concursales 91

4.3 El delito de malversación de fondos 92
4.3.1 El bien jurídico específico 92
4.3.2 Elementos problemáticos 93
4.3.3 Problemas concursales 95

4.4 El delito de enriquecimiento ilícito 96
4.4.1 El bien jurídico específico 96
4.4.2 Elementos problemáticos 97
4.4.3 Problemas concursales 100

4.5 El delito de negociación incompatible 103
4.5.1 El bien jurídico específico 103
4.5.2 Elementos problemáticos 105
4.5.3 Problemas concursales 106

4.6 El delito de colusión desleal 107
4.6.1 El bien jurídico específico 107
4.6.2 Elementos problemáticos 108
4.6.3 Problemas concursales 110

4.7 El delito tráfico de influencias 111
4.7.1 El bien jurídico específico 111
4.7.2 Elementos problemáticos 112
4.7.3 Problemas concursales 114

**CAPÍTULO 5: Aspectos problemáticos en la investigación de los delitos de corrupción de funcionarios 117**

5.1 Legitimidad del denunciante 117

5.2 Gestión de denuncias 117

5.3 La búsqueda de la verdad en los delitos contra la administración pública 119
5.3.1 Algunos aspectos problemáticos de incorporación de prueba 119
5.3.2 Prueba y valoración probatoria 122
5.3.3 El uso de las declaraciones recabadas en la etapa de investigación preparatoria y su valoración probatoria 124
5.3.3.1 Declaraciones previas 124
5.3.3.2 Declaraciones espontáneas 127

5.4 El plazo de la investigación preparatoria y su control 127
5.4.1 Necesidad de integración de plazo 127
5.4.2 Control de plazo de la investigación preliminar 128

5.5 Problemas de aplicación del Código Procesal Penal 128

5.6 Principales ventajas del nuevo modelo 129
5.6.1 El sistema de audiencias en la investigación 129
5.6.2 El seguimiento de casos por el fiscal 131

# INTRODUCCIÓN

El sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios en el Perú se gestó como consecuencia del esfuerzo de la transición democrática, luego de la caída del régimen venal del expresidente Fujimori, en diciembre de 2000. En ese sentido, partiendo de un marco normativo anquilosado e inadecuado para delitos cometidos en contextos sistémicos[i], el Estado inició un proceso de reformas urgentes que permitieron, posteriormente, a la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, la Procuraduría Pública del Estado y el Poder Judicial enfrentar con cierta eficacia un fenómeno de corrupción de gran envergadura, nunca antes develado en la historia de la República.

Estas reformas eran fundamentalmente tres[ii]. En primer lugar, un mínimo marco normativo que permitiera evitar que las organizaciones dedicadas a la corrupción eludieran rápidamente la acción de la justicia. Esto motivó la reforma de las medidas cautelares de prisión provisional, de tal manera que, bajo determinadas condiciones, se permitiera al fiscal solicitar al juez que disponga esta medida contra aquellos sospechosos de haber cometido actos de corrupción, antes de iniciar el proceso judicial.

En segundo lugar, con el propósito de desestructurar las organizaciones de poder que corrompieron al Estado, se dispuso la extensión de las disposiciones premiales a los investigados o procesados por delitos de corrupción de funcionarios. Con esto se rompió el pacto de silencio que caracteriza este tipo de delitos.

Finalmente, era necesario una reinstitucionalización y especialización de los principales órganos del sistema penal anticorrupción. Efectivamente, por reinstitucionalización deben entenderse especialmente las medidas tendientes a devolver la independencia de los órganos de persecución penal (Ministerio Público y Poder Judicial)[iii] y, por especialización, debemos entender sobre todo la creación, dentro de cada uno de los estamentos mencionados, de subespecialidades penales competentes para investigar y juzgar delitos de corrupción de funcionarios públicos. Es así que fueron pieza clave en ese periodo los juzgados y salas especializadas en materia de delitos contra la administración pública, y los fiscales provinciales y superiores especializados en la misma materia[iv]. Ello sin dejar de mencionar a la Procuraduría Pública *ad hoc* anticorrupción que, a partir de los casos de Fujimori y Montesinos, cobró un protagonismo innegable en el impulso de los procesos por estos delitos.

El balance de este impulso general contra la corrupción fue en su momento bastante positivo. Pueden destacarse las múltiples investigaciones, juzgamientos y sentencias recaídas sobre una serie de altos funcionarios del Estado durante dicho periodo como un expresidente de la República, generales de las Fuerzas Armadas y Policiales, congresistas de la República, vocales de la Corte Suprema, un Fiscal de la Nación, dueños de medios de comunicación, entre otros altos funcionarios públicos y personajes vinculados al poder económico.

---

i El Código de Procedimientos Penales, vigente al momento del descubrimiento de los grandes casos de corrupción del régimen de los años 90, de 1940, contemplaba un procedimiento inquisitivo y predominantemente escrito.

ii Sobre estas reformas, especialmente: UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José. "Algunos apuntes sobre la defensa judicial del Estado en el caso Fujimori Montesinos". En: *Estudios críticos sobre delitos de corrupción de funcionarios (AAVV), IDEH_PUCP/ Open Society Fundation*, Lima, 2012, p. 150 y ss.

iii No debe olvidarse que, en la década de 1990, el régimen del expresidente Fujimori cesó a cientos de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público lo que conllevó a una situación de marcada provisionalidad de estos órganos y, por ende, de su falta de independencia.

iv Sobre estos órganos: SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit. p. 565 y ss.

Sin embargo, a pesar de este impulso, la corriente de lucha contra la corrupción sufrió una sustancial desaceleración desde mediados de 2006 hasta 2011, en que se empezaron a producir situaciones de grave impunidad que hasta la actualidad resulta difícil revertir.

En nuestro concepto, el nuevo escenario de la corrupción pública en el Perú presenta intensidades, no sistémicas, pero bastante graves en los últimos dos periodos de gobiernos democráticos, como parece evidenciarse en las investigaciones parlamentarias y fiscales que vienen realizándose a los gobiernos de los expresidentes Toledo y García. Ello sin perjuicio de que, en su momento, puedan evidenciarse también practicas de corrupción en el régimen actual. Todo esto amerita, más allá de algunos ajustes normativos en el Código Penal o el Nuevo Código Procesal Penal, el fortalecimiento de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, especialmente frente a comportamientos complejos de corrupción pública que impiden visibilizar la adecuación típica de estas conductas, dificultando su investigación y juzgamiento.

El IDEHPUCP, consciente de los desafíos actuales que debe enfrentar el sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios, ha considerado importante la elaboración de este *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, el mismo que da cuenta de nuestro propósito de impulsar y mantener una línea de trabajo que coadyuve académicamente con las labores que vienen desempeñando los órganos vinculados al mencionado sistema, esto es: el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría Anticorrupción. Este manual aborda los aspectos complejos que los delitos funcionariales plantean al Derecho Penal y al Derecho Procesal, pero lo hace desde un lenguaje claro y sencillo, especialmente para aquellos que empiezan a familiarizarse con estos temas dogmáticos o requieren actualizar sus conocimientos sobre los mismos temas.

En este sentido, como se ha mencionado reiteradamente, el IDEHPUCP dentro de su función de promoción de la vigencia de los derechos humanos y la democracia en nuestro país considera que las practicas de corrupción no solo tienen un impacto perjudicial en el ámbito político, económico o social, sino que sobre todo incide en la calidad y cantidad de las prestaciones de los servicios públicos, en especial aquellos que se dirigen a satisfacer los diversos derechos fundamentales de los sectores con menos recursos económicos.

Quiero agradecer al equipo del Proyecto para el Fortalecimiento del Sistema Penal Anticorrupción del IDEHPUCP que en coordinación con Patricia Barrantes, Coordinadora del Área de Comunicaciones del IDEHPUCP, han elaborado el presente manual. No puedo dejar de agradecer sobremanera a la Fundación *Open Society* (OSI) sin cuyo apoyo no hubiera sido posible esta obra.

**Elizabeth Salmón Gárate**
Directora
IDEHPUCP

CAPÍTULO 1

# El fenómeno de la corrupción en el Perú

## 1.1 Estadísticas y medición de la corrupción en el Perú

### 1.1.1 Cuestiones previas

Resulta problemático determinar un método preciso para medir el grado de corrupción existente en el Perú, su validación social y los ámbitos donde esta se desenvuelve. Para llevar a cabo una óptima medición, se han utilizado distintos indicadores, como el de la percepción general o de los grupos focalizados sobre corrupción, la medición de la incidencia de las actividades de corrupción, el uso de estimaciones elaboradas por expertos sobre el nivel de corrupción existente y la utilización de indicadores objetivos acerca del fenómeno en cuestión.[1]

Instituciones internacionales como el Banco Mundial señalan que, recientemente, ha habido una especie de explosión en lo referente a las técnicas de medición de la corrupción.[2] Estos nuevos mecanismos se concentrarían en crear indicadores en base a encuestas de expertos y en medir, a través de encuestas aplicadas a empresas y a particulares, la magnitud de impacto de las irregularidades en la administración pública. Dicha institución también destaca el importante papel que, en los últimos años, han cobrado este tipo de datos en base a lo que ellos llaman "revolución en la tecnología de la información".

Por otro lado, la Organización de Estados Americanos (OEA) destaca la importante labor que cumple la Contraloría General de la República del Perú en lo referente al control gubernamental y a la medición de este fenómeno.[3] A través de la Contraloría se viene desarrollando un importante programa de rendición de cuentas y responsabilidad política, por lo que el control sobre las posibles actuaciones irregulares de los funcionarios públicos se está haciendo efectivo.

### 1.1.2 Los cuadros de percepción

En el Perú las organizaciones de la sociedad civil, como Proética, han tenido un papel destacado en el impulso de la medición de la corrupción a través de la *Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú*, que se realiza cada dos años desde 2003.[4]

Desde sus inicios, esta encuesta arroja que la percepción de la corrupción ha tenido un constante incremento como uno de los principales problemas del país. Así, en 2010, la corrupción se erigía como el principal problema del Perú. No obstante, en el resultado de 2012,[5] se aprecia que la delincuencia ha desplazado a la corrupción.

---

1 JIMÉNEZ MÉNDEZ, Claudia. "Corrupción y Crecimiento Económico: Un Análisis para México, a nivel Estados". En: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lec/jimenez_m_c/capitulo2.pdf, p. 3. Consulta: 19/02/13.

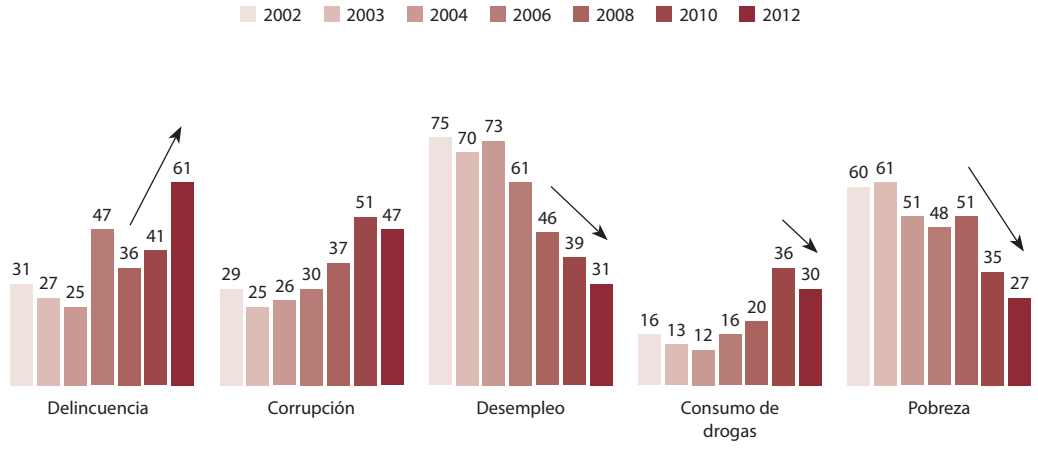
2 El artículo completo puede revisarse en http://www.bancomundial.org/temas/anticorrupcion/medir.htm con el nombre de "La revolución de los datos: cómo medir la gobernabilidad y la corrupción". Consulta: 20/02/13.

3 Dicho informe puede consultarse en: http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_peru.asp como: *Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas*. Consulta: 20/02/13.

4 La última encuesta corresponde al año 2012.

5 Disponible en: http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2012/07/Pro%C3%A9tica-VII-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-2012.pdf. Consulta: 21/02/13.

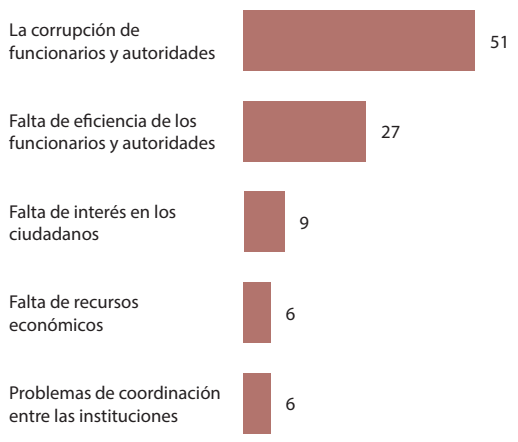
GRÁFICO 1. ¿CUÁLES SON LOS TRES PRINCIPALES PROBLEMAS DEL PAÍS EN LA ACTUALIDAD?
(CON TARJETA)
– MEDICIÓN COMPARATIVA (%) –




Fuente: PROÉTICA. *VII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2012)*

Además, según la apreciación social, la corrupción de funcionarios y autoridades es el principal problema que enfrenta el Estado y que impide lograr el desarrollo del país.

GRÁFICO 2. ¿CUÁL LE PARECE EL PRINCIPAL PROBLEMA QUE ENFRENTA EL ESTADO
Y QUE IMPIDE EL DESARROLLO DEL PAÍS?



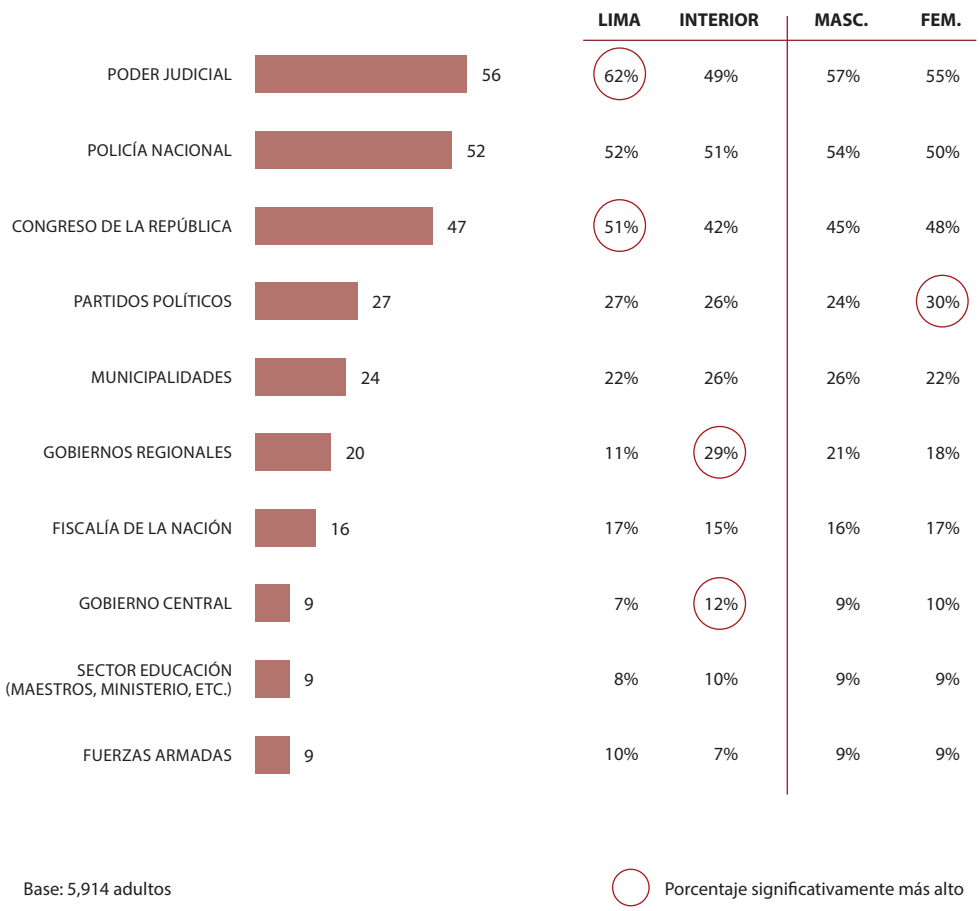

| | 2010 | 2008 | 2006 |
|---|---|---|---|
| La corrupción de funcionarios y autoridades | 56% | 55% | 49% |
| Falta de eficiencia de los funcionarios y autoridades | 22% | 26% | 25% |
| Falta de interés en los ciudadanos | 10% | 6% | 9% |
| Falta de recursos económicos | 5% | 7% | 10% |
| Problemas de coordinación entre las instituciones | 5% | 5% | 5% |

Fuente: PROÉTICA. *VII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2012)*[6]

Finalmente, en los resultados de la encuesta, las instituciones "más corruptas" para la población son el Poder Judicial, seguido por la Policía Nacional del Perú; justamente aquellas llamadas a tutelar las afectaciones de nuestros derechos producidas, entre otros, por actos de corrupción.

6 La encuesta completa se puede revisar en: http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2012/07/Pro%C3%A9tica-VII-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-2012.pdf. Consulta: 07/04/13.

GRÁFICO 3. ¿CUÁLES SON LAS INSTITUCIONES MÁS CORRUPTAS DE NUESTRO PAÍS? (CON TARJETA)
– MEDICIÓN POR ÁMBITO (%) –




Fuente: PROÉTICA. *VII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2012)*

No obstante, es necesario señalar que las encuestas de percepción de la corrupción, por su propia naturaleza, no informan sobre niveles precisos o reales de este fenómeno. Sin embargo, arrojan indicios sobre su situación, su avance, sus ámbitos posiblemente más problemáticos o su nivel de tolerancia.

Cabe señalar, también, que las estadísticas y los resultados obtenidos por las organizaciones de la sociedad civil mencionadas coinciden y se complementan con aquello vertido por las mediciones realizadas por las instituciones internacionales. Estos estudios se hacen de manera más focalizada y contrastando la situación de otros países de la región. Es así que, en base a los resultados de una encuesta llevada a cabo en 2010[7] por *Transparency International*, se puede señalar que la población peruana tiene una persistente sensación de aumento progresivo del clima de corrupción en el país. En esta, el 79% de los encuestados señaló que percibía un aumento en los casos de corrupción acaecidos dentro del territorio nacional en los últimos tres años. Con este resultado, el Perú se ubicaba –en dicho momento– en el segundo lugar dentro de los países latinoamericanos encuestados, en la percepción de incremento de la corrupción.

7 La encuesta completa se puede revisar en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/barometro-global/ Consulta: 07/04/13.

**CUADRO 1. ¿CÓMO CREE QUE HA EVOLUCIONADO EL NIVEL DE CORRUPCIÓN EN ESTE PAÍS EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS?**

| PAÍS | DISMINUYÓ | SE MANTUVO IGUAL | AUMENTÓ |
|---|---|---|---|
| Venezuela | 7% | 7% | 86% |
| Perú | 9% | 12% | 79% |
| México | 7% | 18% | 75% |
| Brasil | 9% | 27% | 64% |
| Argentina | 8% | 30% | 62% |
| Colombia | 20% | 24% | 56% |
| Chile | 9% | 39% | 53% |
| El Salvador | 18% | 34% | 48% |
| Bolivia | 20% | 34% | 46% |

Fuente: *Barómetro Global de la Corrupción 2010*

De igual manera, dicha medición, también permitió observar que el Perú es uno de los países con mayor desaprobación en referencia a la percepción de la efectividad del gobierno para luchar contra el fenómeno de la corrupción. Finalmente, la encuesta señala que Perú percibiría al Poder Judicial como la institución más corrupta en contraste con los otros países latinoamericanos objeto de la medición.

**CUADRO 2. ¿CÓMO VALORA LAS ACCIONES DEL GOBIERNO EN SU LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN?**

| PAÍS | INEFICAZ | NINGUNO | EFICAZ |
|---|---|---|---|
| Perú | 85% | 8% | 8% |
| Argentina | 77% | 11% | 12% |
| Venezuela | 65% | 28% | 7% |
| Brasil | 54% | 17% | 29% |
| México | 52% | 26% | 22% |
| Colombia | 46% | 20% | 35% |
| Chile | 33% | 28% | 38% |
| El Salvador | 32% | 53% | 15% |
| Bolivia | 27% | 26% | 49% |

Fuente: *Barómetro Global de la Corrupción 2010*

En el Perú, una importante medición de las investigaciones o judicialización de los casos de corrupción la realiza el Poder Ejecutivo, a través de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (Procuraduría Anticorrupción) y su reciente Observatorio Nacional Anticorrupción, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Mediante el trabajo de esta instancia se ha logrado sistematizar la siguiente información:[8]

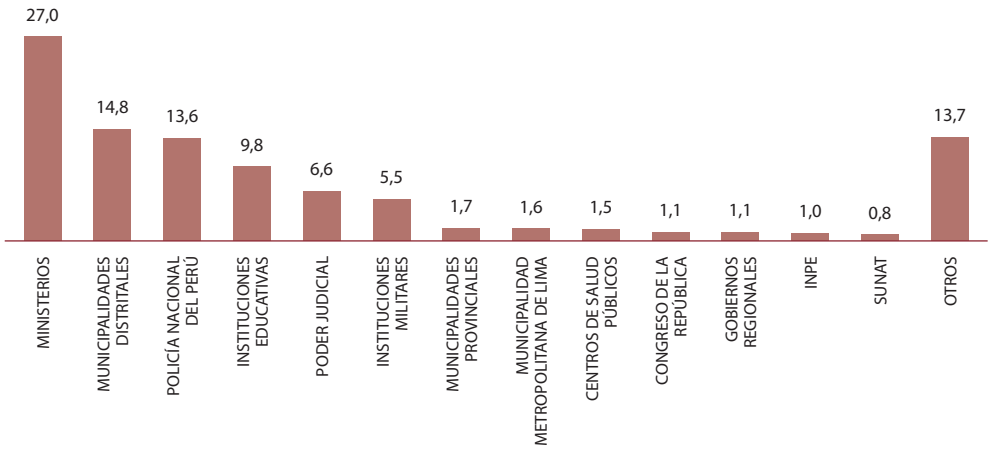
- Registro de deudores de reparaciones civiles por delitos en agravio del Estado por delitos de corrupción
- Registro de prófugos por delitos de corrupción
- Funcionarios procesados y sentenciados en contra de la administración pública

8 Se puede acceder a las bases de datos en: http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/sisca_web/Login2Action. Consulta: 21/02/13.

- Número de casos en giro de la Procuraduría
- Identificación de los delitos de mayor incidencia

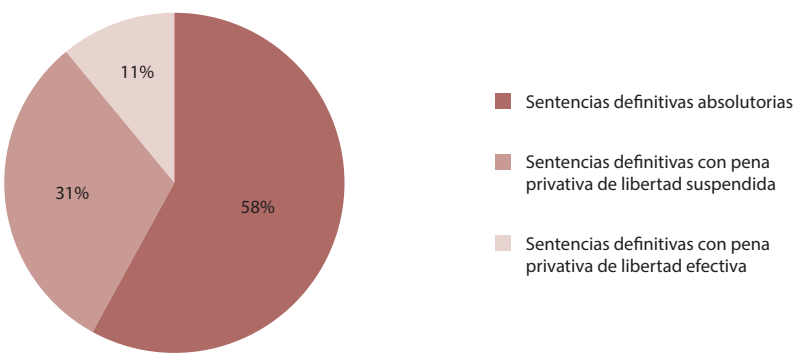
A mediados del pasado año, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publicó el primer informe de gestión de la Procuraduría Anticorrupción: *La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información*[9] que incluye datos importantes logrados por la institución como la distribución de las instituciones más afectadas por problemas de corrupción y el porcentaje de sentencias emitidas entre 2010 y 2011.[10]

GRÁFICO 4. TIPOS DE INSTITUCIONES AFECTADAS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN, CASOS LITIGADOS POR LA PROCURADURÍA ANTICORRUPCIÓN (NOVIEMBRE 2011 - MAYO 2012)
(%)




Fuente: Procuraduría Anticorrupción

GRÁFICO 5. PORCENTAJES DE SENTENCIAS DEFINITIVAS (2010 - 2011)




Fuente: Procuraduría Anticorrupción

9 MUJICA, Jaris, Víctor QUINTEROS, Rafael CASTILLO y Carlos CHÁVEZ. "La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información". En: http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf. Consulta: 21/02/13.

10 MUJICA, Jaris, Víctor QUINTEROS, Rafael CASTILLO y Carlos CHÁVEZ. "La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información", pp. 10-14. En: http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf. Consulta: 21/02/13.

En referencia a la medición del número de denuncias por corrupción en el Perú, el Ministerio Público, en su *Anuario Estadístico de 2011*, solo registra un total de 8,543 denuncias ingresadas por casos de corrupción de funcionarios,[11] pero no ha sistematizado, estadísticamente, los tipos de delitos denunciados, o aquellas instituciones donde se han producido la mayor cantidad de estas irregularidades. Según esta institución en la actualidad existen más de 15,000 casos de delitos contra la administración pública a nivel nacional conocidos por la Procuraduría.[12] Dentro del distrito judicial de Lima (sin tomar en cuenta Lima Norte ni Callao) estarían litigándose 2,000 de estos procesos, aproximadamente, casi el 31% de estos son delitos por peculado, seguidos de los procesos por delito de colusión con, casi, un 15%.

Por otro lado, la Policía Nacional del Perú (PNP) también está llevando a cabo esfuerzos en relación a la identificación de los focos de corrupción dentro de su institución. En este sentido, la institución reconoce tres tipos de corrupción:[13]

- Corrupción administrativa, vinculada al accionar de los funcionarios de la PNP o del Ministerio del Interior (Mininter), con poder de decisión, encargados de la contratación y adquisición de bienes y servicios
- Corrupción interna, relacionada a los procesos internos donde se cobran o reciben comisiones ilegales, más conocidas como "coimas", por realizar trámites dentro de la institución
- Corrupción "operativa-externa", relacionada directamente con la ciudadanía a través del contacto cotidiano entre policías y particulares

## 1.2 Marco teórico de la corrupción: Perspectivas de enfoque

La corrupción se presenta en nuestro contexto como un fenómeno complejo que necesita ser analizado en base a diversos enfoques con el fin de poder comprenderlo y, luego, combatirlo. De esta manera, en primer lugar, es conveniente una aproximación al concepto general de corrupción y, posteriormente, a los diversos enfoques que se pueden utilizar para comprenderla en la realidad.

### 1.2.1 Concepto de corrupción

El inicio de todo diagnóstico exige delimitar los conceptos básicos a tratar. En este sentido, resulta necesario precisar el concepto de corrupción. No obstante, definirla es una tarea que ha encontrado diversos obstáculos. En concreto, se han identificado tres grandes inconvenientes que explican la dificultad de este objetivo:[14]

- Existen muchos problemas relacionados con la corrupción (como el fraude y el abuso de poder, entre otros) que son tratados de forma indistinta
- Existen diferencias importantes entre la corrupción reconocida por el ordenamiento jurídico, los actos de corrupción calificados por la población y los actos de corrupción que afectan intereses públicos y que no están reconocidos por el ordenamiento jurídico
- Existen diferencias entre las distintas sociedades en su utilización de la palabra corrupción

A pesar de ello, los siguientes elementos esenciales concretan el concepto de corrupción pública:[15]

11 MONTOYA VIVANCO, Yvan. "Informe de la lucha contra la corrupción en el Perú 2011-2012". En: *Avances y retrocesos en el sistema penal anticorrupción: 2010-2012*, p. 23. El texto completo se puede revisar en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc06122012-133036.pdf. Consulta: 21/02/13.

12 MUJICA, Jaris, Víctor QUINTEROS, Rafael CASTILLO y Carlos CHÁVEZ. "La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información", p. 7. En: http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf. Consulta: 21/02/13.

13 Policía Nacional del Perú. *Plan de lucha contra la corrupción de la PNP 2012-2016*. En: http://www.pnp.gob.pe/inspectoria/documentos/PLAN%20DE%20L...pdf. Consulta: 21/02/13.

14 Cfr. GARDINER, John. "*Defining corruption*". En: Arnold HEIDENHEIMER y Michael JOHNSTON (editors). *Political Corruption. Concepts & Contexts*, 3rd ed. New Jersey: 2005, *Transaction Publishers*, p. 24.

15 Cfr. Grupo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial. *Informe de la Comisión de magistrados para la restructuración del Poder Judicial*. Lima: 2003, p. 25.

**Ilegalidad:** Todo acto de corrupción transgrede normas penales, administrativas y/o éticas

**Interés privado:** Todo acto corrupto busca obtener un beneficio privado, que no siempre está relacionado directamente con el corrupto, puede ser para una persona cercana al corruptor o a un tercero

**Abuso de una función:** Todo acto de corrupción implica el abuso de una función asignada por el Estado, es decir, una función pública

**Encubrimiento:** Los actos de corrupción suponen un pacto de silencio entre corrupto y corruptor donde se pretenden burlar los mecanismos de control

A partir de ello, es posible concluir, en un sentido amplio, que:

**La corrupción es el uso indebido del poder para obtener beneficios irregulares (económicos o no) violando la ley y afectando la legitimidad de la autoridad y los derechos fundamentales de la persona**[16]

## 1.2.2 Los enfoques sobre la corrupción

La compleja naturaleza del fenómeno de la corrupción ha motivado que diversas disciplinas científicas estudien y planteen distintas maneras de comprenderlo. En este sentido, y a modo de resumen, los enfoques más importantes sobre la corrupción son tres:[17]

- **El enfoque económico**, que incluye tres pretensiones:

  En primer lugar, la medición de los niveles de corrupción en una sociedad determinada, pero no tanto para planificar su erradicación sino para que los inversores privados controlen la variable de riesgo que este fenómeno implica.

  En segundo lugar, los enfoques económicos se han centrado en la determinación de las consecuencias económicas (perjuicio) de la corrupción en una sociedad.

En la década de 1990, el Estado peruano sufrió aproximadamente una pérdida patrimonial ascendente a US$ 14,087 millones de dólares americanos (cerca del 50% del presupuesto anual y 4.5% aproximadamente del PBI en ese periodo). Con este monto podrían haberse pagado S/ 1,000 nuevos soles mensuales a medio millón de jubilados durante siete años.[18]

16 Cfr. *Plan Nacional Anticorrupción 2012-2016.*

17 Cfr. MUJICA, Jaris. "El poder en el Poder Judicial (y los estudios sobre corrupción). En: *Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Tesis para optar al título de magíster en Ciencias Políticas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 21 y ss.

18 Cfr. QUIROZ NORRIS, Alfonso. La República: "De recuperarse dinero robado en los 90, habría suficiente para programas sociales". En: http://www.larepublica.pe/02-08-2011/de-recuperarse-dinero-robado-en-los-90-habria-suficiente-para-programas-sociales. Consulta: 07/05/13.

Finalmente, el enfoque económico nos plantea un modelo de entendimiento del contexto que facilita los actos concretos de corrupción conocido como "agente y principal". El más popular lo ha definido Klitgaard[19] al señalar que la corrupción puede ser explicada como una ecuación en donde si un agente tiene el monopolio (M) de las decisiones y actúa con altos niveles de discrecionalidad (D) o autonomía y sin rendición de cuentas (A) se posibilitan márgenes de desviación.

- **El enfoque jurídico-institucional**, esta perspectiva jurídica ha girado en torno a tres ejes:[20] El estudio de la corrupción desde las premisas legales para entrever las deficiencias del sistema penal; el modo en que se deben plantear leyes para poder subsanar esos espacios; y el intento de explicar la corrupción desde las ambiciones personales de determinados sujetos, reduciendo el fenómeno a un juego de intereses de individuos, a los que se debe controlar con mecanismos punitivos.

- **El enfoque cultural**, ni el criterio racional asentado en las perspectivas económicas ni los enfoques casuísticos donde se asienta el derecho permiten comprender las razones de la extensión, profundidad y la tolerancia social de la corrupción en una sociedad determinada. La perspectiva cultural, de manera complementaria, nos permite avanzar en esa dimensión de la corrupción en tanto fenómeno extendido en los distintos niveles de la administración pública y de la sociedad civil.

La Guía Anticorrupción, elaborada por Transparencia Internacional (1997), ha evidenciado cuatro condiciones culturales básicas que inciden sobre la extensión y la tolerancia de las prácticas corruptas:

- La tolerancia social hacia el goce de privilegios privados que permite la prevalencia de una moralidad del lucro privado sobre la ética cívica
- Una cultura de la ilegalidad generalizada que determina la existencia de grupos sociales que siente que la ley no cuenta para ellos[21]
- El conflicto entre las formas de organización y de sistemas normativos tradicionales y las normas que revelan el surgimiento de un orden social moderno
- La escasa vigencia de la idea de nación y la ausencia de una solidaridad fundada en el bienestar común

## 1.3 La corrupción en los tratados internacionales y como violación de los derechos humanos

El tratamiento que se le ha dado a la corrupción desde los tratados internacionales se ha decantado por no preferir una definición específica de lo que esta significa. Ni la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,[22] ni la Convención Interamericana Contra la Corrupción,[23] dan una definición cerrada de este fenómeno, sino que enumeran algunas conductas irregulares que se deben entender como actos de corrupción y, por ende, ser pasibles de sanción.

19 KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. La Paz: Fundación Hans Seidel, 1992. Resalta su famosa fórmula C= M + D – A, es decir; la corrupción (C) se ve favorecida con el monopolio (M) de la discrecionalidad (D) menos la transparencia (A) (en inglés: *Accountability*).

20 MUJICA, Jaris. Op. cit. p. 28 y ss.

21 Sobre la ausencia de respeto a la ley, en tanto canon legítimo de convivencia, y la cultura de la complicidad silenciosa de nuestra sociedad como factores que explican la extensión de la corrupción, ver: PORTOCARRERO, Gonzalo. *Una sociedad de cómplices*. En: http://www.bnp.gob.pe/portalbnp/pdf/libros_y_artes/Librosyartes9_3.pdf

22 Disponible en: http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion_onu_contra_la_corrupcion_2003.pdf

23 Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion_interamericana_contra la_corrupcion_1997.pdf

Como se ha señalado, la ocurrencia sistemática de actos de corrupción dentro de las instituciones del Estado genera una sensación de total abandono y pérdida de confianza en los ciudadanos. Hay que tener en cuenta, además, que la situación de la corrupción, de hecho, impide el acceso a la protección de las instituciones públicas o del sistema de administración de justicia al que entran otros ciudadanos dispuestos y en la capacidad económica de corromper autoridades, quienes son percibidos como, efectivamente, protegidos en sus derechos. Ello implicaría una afectación al principio de igualdad, ya que si una persona corrompe a un funcionario público, adquiriría un estatus privilegiado en relación al resto de individuos en su misma situación, por tanto, la corrupción resulta discriminatoria en su propósito y en sus efectos.[24]

No obstante, para poder aplicar el marco legal de los derechos humanos en relación a los actos de corrupción es necesario distinguir entre:[25]

- Los actos de corrupción que directamente violan un derecho humano
- Los actos de corrupción que conducen a la violación de un derecho humano pero que en sí no violan un derecho
- Los actos de corrupción a partir de los cuales puede establecerse un vínculo causal con una violación específica de derechos

En conclusión, para determinar si un acto de corrupción en particular viola o no un derecho humano los pasos a seguir serán:

- Establecer el alcance y contenido de la obligación del derecho humano en cuestión
- Determinar la intensidad de la conexión entre el acto y el daño generado y si la afectación se ha dado de manera directa o indirecta
- Identificar a los autores del hecho para determinar responsabilidades y, consecuentemente, obtener la reparación del daño originado

Ahora bien, la corrupción no solo afecta a los denominados derechos civiles y políticos, sino también a los económicos, sociales y culturales (DESC), como el derecho a una vivienda digna, a la salud y el acceso a la educación. El Estado peruano, mediante el Decreto Ley N° 22129, ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconociendo que estos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana y que, por tanto, se hallarían en el mismo nivel de reconocimiento que los derechos fundamentales.[26] Asimismo, según este pacto, los estados parte se comprometen a adoptar medidas en base a los recursos de los que dispongan, para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el acuerdo y plasmados en la norma fundamental. De este modo, si considerásemos la corrupción como una afectación a la correcta asignación de los recursos públicos, favoreciendo intereses privados y en detrimento de la concreción del bien común a través del favorecimiento de políticas públicas, llegaríamos al desvío irregular de caudales públicos que debieran ser asignados a satisfacer necesidades de vivienda, educación y salud, algo que afectaría el sentido programático de los DESC y su salvaguarda por parte del Estado.

Sobre este punto, cabe mencionar que en el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales, en su artículo 41° garantiza explícitamente el derecho fundamental de toda persona a una "buena administración", entendido como el derecho a ser oído, al acceso a la información y a la motivación de las decisiones, además de un derecho a compensación por el incumplimiento de las obligaciones públicas y un derecho a la correspondencia con la administración. En España, algunos autores han señalado que la "buena administración" además de ser un principio constitucional

24 Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. Op. cit. p. 28 y ss.

25 Ibídem.

26 Cfr. http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/pidesc.pdf

es un derecho fundamental de la persona.[27] Del mismo modo, en el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional peruano señaló que la "buena administración" es un principio constitucional que se deduce del artículo 39° de la Constitución.[28]

## 1.4 Breve diagnóstico de la corrupción en el sistema de administración de justicia en el Perú

Una vez descrito el concepto de corrupción, resulta necesario identificar sus tipos para poder comprender la magnitud de esta problemática. Por tanto, conviene identificar los siguientes criterios para diferenciar las clases de corrupción:[29]

- ***Por su naturaleza***
  - **Corrupción política:** Se puede observar en las altas esferas de decisión, involucrando a los funcionarios públicos que ejercen funciones de poder político (congresistas, ministros, presidentes y otros).
  - **Corrupción burocrática o administrativa:** Afecta a los niveles intermedios y bajos de los organismos públicos. En este sentido, ya no involucra funcionarios con capacidad de decisión sino funcionarios encargados de la ejecución de las normas y del trato con los ciudadanos.
- ***Por su grado de desarrollo***
  - **Corrupción individual o directa:** Se produce cuando los actos de corrupción y sus actores pueden ser identificados de forma clara. En otras palabras, el actor opera directamente sin la intervención de una red de corrupción. El ejemplo más claro de esto es la corrupción manifiesta en las "coimas" a los policías de tránsito.
  - **Corrupción sistémica o institucionalizada:** Se caracteriza por estar generalizada y se manifiesta en múltiples esferas a través de redes de corrupción. De esta manera, es difícil determinar a todos los agentes que intervienen. Este tipo de corrupción se propaga fácilmente provocando la ausencia de valores, haciendo confusa la diferencia entre lo correcto e incorrecto.

Anteriormente, se ha mencionado las instituciones más afectadas por los actos de corrupción, estando entre las tres primeras: la Policía Nacional del Perú, las instituciones educativas y el Poder Judicial. Tomando como punto de partida este dato, y teniendo como límite el objetivo de este manual, conviene aportar información breve sobre la situación de la corrupción en el sistema de administración de justicia.

El sistema de administración de justicia es un ámbito de la administración estatal expuesto a prácticas de corrupción extendidas. Siguiendo la fórmula de Klitgaard:

$$C = M + D - A$$

Se puede señalar que el sistema de administración de justicia está caracterizado por ser un ámbito donde el monopolio del poder para administrar justicia, junto a la ausencia de transparencia en el

27 Cfr. Sindicatura de Greuges de Barcelona. *El derecho a una buena administración*. Barcelona: 2007, pp. 42 y 43.

28 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000017-2011-PI/TC de 03 de mayo de 2012. Fundamentos 15° y 16°.

29 Cfr. Grupo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial. *Informe de la Comisión de magistrados para la reestructuración del Poder Judicial*. Lima: 2003, p. 26 y ss. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/INFORME%20FINAL.pdf

ejercicio de su función,[30] permite una considerable discrecionalidad de sus miembros, provocando que la corrupción crezca casi sin control.[31] De este modo, siguiendo fundamentalmente el *Informe Final del Consejo Transitorio del Poder Judicial*, de 2001, resulta importante identificar los principales actores y técnicas de corrupción en el ámbito jurisdiccional:

### 1.4.1 Actores de la corrupción

Los principales actores de la corrupción y su rol en la comisión de actos de corrupción, en el sistema de justicia pueden ser:[32]

- **Algunos órganos de decisión política y ejecutiva:** Determinados mandos directivos encargados de diseñar, controlar y mantener las situaciones de irregularidad que propician los actos de corrupción.

- **Algunos jueces y fiscales:** Determinados jueces y fiscales de toda jerarquía interna, representan muchas veces los funcionarios de jerarquía más alta en las redes de corrupción del sistema de justicia. Sus actos de corrupción consisten, mayoritariamente, en la venta de fallos, agilización o dilatación de los procesos judiciales y en las preferencias en los procesos.[33] Los sobornos usualmente se manifiestan a través de viajes, favores sexuales[34] y/o cursos de especialización.

- **Determinado personal auxiliar del Poder Judicial y el Ministerio Público:** Compuesto por secretarios, relatorías y asistentes técnicos. Se vinculan con la corrupción esencialmente mediante el tráfico de influencias[35] (vínculos de conexión con los magistrados y fiscales), pero también a través de la modificación de documentos y sobornos para ejercer presión en la dilación de procesos o en su agilización. En el fuero penal, los ambientes posibilitan una relación directa y libre con los abogados litigantes, facilitando los actos de corrupción. Por otro lado, existen fiscales y jueces que tiene el mal hábito de no redactar personalmente los dictámenes y resoluciones, sino que se limitan a firmar documentos presuntamente elaborados por el personal auxiliar. Estas prácticas llevan a pequeñas corruptelas facilitando la introducción de dictámenes fiscales y resoluciones judiciales originalmente redactadas por los abogados de las partes. También, son conocidas las situaciones donde los técnicos auxiliares del Ministerio Público acuden a tomar la manifestación de personas citadas a los estudios de los abogados defensores del investigado. Posteriormente, estos técnicos auxiliares (luego de haber recibido un beneficio por parte del abogado defensor) informan al fiscal pertinente que dichas personas concurrieron a la sede del Ministerio Público.[36]

- **Las mesas de parte:** Compuestas por diversos funcionarios o servidores públicos encargados de recibir los documentos dentro de un proceso o investigación. Constituyen el primer acceso a la estructura del sistema de justicia.[37] Su relación con la corrupción consiste en el tráfico de la documentación. También es frecuente el tráfico de información, ya sea adelantando decisiones judiciales o con la divulgación de información confidencial. Finalmente, existe un tráfico en la distribución de procesos en los juzgados.[38]

30 Los actos jurisdiccionales, tradicionalmente, se entienden como no sujetos a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información.

31 Cfr. Comisión Andina de Juristas. *Corrupción Judicial. Mecanismos de Control y Vigilancia Ciudadana*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003, p. 31.

32 Cfr. Consejo Transitorio del Poder Judicial. *Informe Final de la Comisión de Investigación de Planificación de Políticas de Moralización, Eticidad y Anticorrupción*. Lima: 2001, pp. 73-76.

33 Cfr. MUJICA, Jaris. *Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Lima: Asamblea Nacional de Rectores, 2011, pp. 135-136.

34 Cfr. Comisión Andina de Juristas. *Corrupción Judicial. Mecanismos de Control y Vigilancia Ciudadana*. Lima: CAJ, 2003, pp. 80-83.

35 Cfr. MUJICA, Jaris. Op. cit. p. 109.

36 Cfr. CERIAJUS. Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. *¡Planificando lo justo!* p. 355. En: http://www.justiciaviva.org.pe/ceriajus/diagnostico/cap5.pdf. Consulta: 08/05/12.

37 Cfr. Ídem. p. 107.

38 Cfr. Comisión Andina de Juristas. Op. cit. pp. 83-87.

- **La Policía Nacional del Perú:** En su relación con el sistema judicial, se encuentran todos los miembros del cuerpo policial encargados de colaborar con la investigación fiscal. Con el Código de Procedimientos Penales (CPP), el nexo con la corrupción en la labor policial se encontraba principalmente en la redacción de los atestados policiales y ocultamiento de pruebas. Si bien con el NCPP esto ha cambiado drásticamente, todavía se mantiene el vínculo entre la policía y la corrupción a través de la redacción y manipulación de pericias y el aprovechamiento de la condición de personal de seguridad de magistrados y fiscales para traficar con influencias.[39]

- **Los abogados:** Un grupo integrado por diversos abogados, importantes o "al paso". En la esfera más alta, tenemos las siguientes prácticas corruptas: Acuerdos con estudios satélites de abogados (encargados de la parte "oscura" del litigio, esto es, activar las redes de corrupción); incorporación de antiguos magistrados y funcionarios públicos en el equipo de abogados con el objetivo de utilizar sus vínculos al interior del sistema de justicia; estrategias de "copamiento" consistentes en ubicar letrados de su confianza en determinadas dependencias judiciales y fiscales; e incorporación de procuradores con vínculos en el sistema judicial.[40] A ello se suma que estos estudios de abogados suelen utilizar los logros académicos de sus miembros como estrategias para "lavarse la cara".[41]

  En cuanto a los abogados "al paso", es decir, aquellos que operan en las inmediaciones de los órganos de justicia, se ha podido determinar que dicho patrón de asentamiento esta correlacionado con un conocimiento previo de los actores que se ubican dentro del órgano de justicia. Así, estos también integran redes de corrupción que ejercen, cotidianamente, estas prácticas.[42]

- **El personal de ejecución de sentencias:** Se despliega en el tratamiento y permanencia de los reos en la cárcel, específicamente en el sistema de calificaciones para internos procesados y sentenciados.

- **Los litigantes:** Se trata de personas representadas por los abogados.

### 1.4.2 Técnicas de corrupción

Las técnicas de corrupción son la muestra en el escenario práctico de los actos de corrupción. En otras palabras, son los mecanismos centrales de corrupción puestos en práctica constantemente por los actores.[43] Ahora bien, tomando en cuenta las principales técnicas de corrupción en base a la "especialidad" de los actores, ya mencionadas, procede enumerar brevemente las técnicas de corrupción más usuales en el sistema de justicia peruano:[44]

- "Coimas"
- *Lobbies*
- Redes ilícitas
- Acciones de "copamiento"
- Redes de información
- Estilos de prevalimiento; magistrados que aprovechando su condición extorsionan a otros operadores de justicia y a las partes del proceso

39 Cfr. Ídem. pp. 94-96.

40 Cfr. Ídem. pp. 70-75.

41 Cfr. YON RUESTA, Roger. "Responsabilidad social de un estudio de abogados especializado en materia penal". En: *Derecho PUCP*, N° 64. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 340.

42 Cfr. MUJICA, Jaris. Op. cit. p. 89.

43 Cfr. Ídem. pp. 82-83.

44 Cfr. Consejo Transitorio del Poder Judicial. *Informe Final de la Comisión de Investigación de Planificación de Políticas de Moralización, Eticidad y Anticorrupción*. Lima: 2001, pp. 62-69.

- Intercambio de favores
- Elaboración de borradores de dictámenes y resoluciones judiciales por parte de los abogados defensores
- Vulnerabilidad en la situación laboral de los operadores de justicia (provisionalidad de los cargos, elecciones basadas en criterios subjetivos, discrecionalidad de los presidentes de las cortes judiciales para integrar salas y elegir magistrados suplentes, promociones no fundamentadas en la OCMA)
- Manejo arbitrario de la asignación de expedientes
- Nepotismo

## 1.5 La ética de la función pública

Una de las principales causas del fenómeno de la corrupción es la ausencia de valores éticos en la sociedad. Esta situación y la complejidad de las sociedades actuales explican la poca claridad para determinar lo correcto y lo incorrecto en el ejercicio de la función pública.[45] Por este motivo, el presente acápite analizará el papel que desempeña la ética en el correcto ejercicio de la función pública, en especial en la administración de justicia. Para ello, se toma como premisa que la ética, en tanto modo debido de actuación humana, es un instrumento imprescindible para la lucha eficaz y multidisciplinar que requiere el fenómeno de la corrupción. Esta lucha, como es reconocido, no se limita a la mera sanción penal o administrativa de prácticas corruptas.

La ética tiene como objetivos principalmente tres ámbitos:[46]

- Dilucidar el contenido propio de la moral, más allá de las otras clases de saberes (jurídico, político o religioso)
- Otorgar un fundamento filosófico a la moral
- Intentar aplicar los principios éticos descubiertos a los distintos ámbitos de la vida profesional o de las actividades humanas (ética aplicada)

Con respecto a esta última tarea, no es fácil la aplicación de los principios éticos en los distintos ámbitos de la actividad humana, puesto que en las actuales sociedades posmodernas, el enfoque escéptico y relativista de las cosas complica el descubrimiento de los principios comunes para todos. No obstante, desde la comunicación racional y equitativa de los miembros de una determinada comunidad es posible dialogar y encontrar criterios comunes o principios de aplicación a los diversos ámbitos de la vida cotidiana.[47] De lo que se trata entonces, es de llevar a cabo una "ética aplicada" en determinado ámbito de las actividades y de las relaciones humanas. La ética aplicada a una determinada profesión se denomina "deontología".[48] En efecto, la deontología profesional resulta ser un sistema normativo (criterios, principio y pautas de conducta) destinado a orientar la conducta de personas dedicadas a una determinada profesión (médicos, economistas, empresarios, abogados, funcionarios públicos, etc.).

Así pues, en el presente manual se analizará la deontología de la función pública, en especial de la función de administrar justicia. Este aspecto conduce, inevitablemente, a los códigos de ética de la función pública que cumplen un papel preponderante en el correcto funcionamiento de la administración pública, ya que positivizan los principios y deberes éticos que la administración como organización reconoce y exige a sus funcionarios.

45 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. "Sobre la corrupción en el Perú. Algunas notas sobre sus características, causas, consecuencias y estrategias para enfrentarlas", vol. XXXII, N° 205, Lima: 2007, p. 34.

46 Cfr. CORTINA ORTS, Adela. Op. cit. p. 164.

47 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. p. 2.

48 Cfr. SEGURA NAYA, A. Op. cit. p. 46.

Efectivamente, la administración pública –considerada como organización– tiene su propia ética, que se encuentra plasmada en la normativa ético-jurídica correspondiente (Código de Ética de la Función Pública) y en la normativa de naturaleza administrativa que regula los procedimientos de actuación de los funcionarios.

> La ética de la función pública cumple un papel muy importante en la lucha contra la corrupción estatal, ya que no es suficiente una política económica y/o legislativa (preventiva, represiva y de control) para combatirla, sino que se requiere la convicción y la necesidad práctica de una responsabilidad ética que sacuda los cimientos de la corrupción enquistada en el poder público[49]

Esta preocupación de trabajar en el plano ético para combatir la corrupción ha sido recogida expresamente por la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo III numeral 3), establece que los estados parte se comprometen a brindar instrucciones al personal de las entidades públicas que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades. En este sentido, el artículo 8° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dispone que cada Estado parte, promoverá la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos, y procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

Precisamente, a partir de esta necesidad es que el Perú adopta un Código de Ética de la Función Pública, que se analiza a continuación.

### 1.5.1 Los códigos de ética de la función pública

Un código de ética tiene la finalidad de dar a conocer a los miembros de una determinada organización humana el compromiso ético donde están inmersos la sociedad civil y el Estado. A diferencia de los ordinarios códigos normativos, más que ser un sistema jurídico cerrado y exhaustivo de conductas positivas y negativas, los códigos de ética contienen determinados principios que manifiestan unas reglas generales susceptibles de interpretación en el caso particular.[50] Son la positivización de los valores éticos y definen el comportamiento considerado ético por los miembros de la organización.[51]

> **Un código de ética, por tanto, es la máxima expresión de la cultura de una organización humana**

En especial, los códigos de ética de la función pública resultan útiles en un plano interno y externo.[52] Así:

49 Ibídem. p. 8.

50 Cfr. SOSPEDRA NAVAS, Francisco. "Análisis comparado de los Códigos éticos vigentes". En: *Ética del juez y garantías procesales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 470.

51 Cfr. FERRER, Juliana. Op. cit. p. 6.

52 Cfr. SOSPREDRA NAVAS, Francisco. Op. cit. pp. 473-474.

- En el plano interno, refuerzan los valores éticos personales de cada funcionario, sirviendo de referencia conductual para cada uno de ellos
- En el plano externo, reafirman la confianza de la sociedad en el buen desempeño de la función pública

### 1.5.2 La naturaleza de los códigos de ética

Ahora bien, un aspecto que debe considerarse es la naturaleza de las normas contenidas en un código de ética. ¿Son normas ético-jurídicas o normas meramente éticas? Si estas son exigibles bajo sanción por parte de algún órgano disciplinario se llaman ético-jurídicas, mientras que si no lo son, se designan como meramente éticas.[53] Esto sin perjuicio de que, en ciertos casos especiales, los códigos de ética tengan naturaleza mixta, debido a que comparten elementos de las normas ético-jurídicas y de las meramente éticas. Este el caso, por ejemplo, del Código de Ética del Poder Judicial peruano, que se analizará más adelante.

Desde nuestro punto de vista, aquello que determina la naturaleza de estas normas son dos elementos:[54]

- **La instancia que elabora las normas o las aprueba:** Si el código ha sido creado por el legislador, hay indicio de que sus normas son de naturaleza jurídica coercibles. Por el contrario, si este ha sido creado por un acto administrativo interno de una institución del Estado, hay indicio de que sus normas son meramente orientativas.[55]
- **Las potestades de los órganos creados para su seguimiento:** Si el código tiene un órgano o tribunal administrativo de supervisión (consultivo o sancionador), estas normas serán, posiblemente, de carácter jurídico. Si no existe dicho órgano, estas serán, posiblemente, normas meramente éticas.[56]

En el siguiente acápite se analiza el Código de Ética de la Función Pública en el ámbito peruano, para conocer sus disposiciones y determinar su naturaleza.

### 1.5.3 El Código de Ética de la Función Pública en el Perú

El Código de Ética de la Función Pública en el Perú fue aprobado mediante la Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública,[57] reglamentada en el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.[58]

El artículo 6° del código reconoce una serie de principios éticos esenciales, de observancia obligatoria por parte de todos los funcionarios públicos (o servidores públicos). Estos principios rectores de la función pública cumplen un papel fundamental en la orientación del debido ejercicio del cargo público, puesto que ellos serán la base normativa para construir toda la estructura que regule el debido desempeño de la función pública:

- **Respeto:** El funcionario debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y el debido procedimiento.
- **Probidad:** El funcionario debe actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal.

53 Cfr. SOSPEDRA, Francisco. Op. cit. p. 475.

54 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Ética judicial y corrupción*. Op. cit. p. 9.

55 Ibídem.

56 Ibídem.

57 Publicada el 13 de agosto de 2002.

58 Publicado el 19 de abril de 2005.

- **Eficiencia:** El funcionario debe brindar calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.
- **Idoneidad:** El servidor debe estar apto técnica, legal y moralmente para ejercer la función pública. El funcionario debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.
- **Veracidad:** El funcionario debe expresarse con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y debe contribuir al esclarecimiento de hechos que se relacionen con el desempeño de su cargo.
- **Lealtad y obediencia:** El funcionario actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes legítimas que le imparta el superior jerárquico competente.
- **Justicia y equidad:** El funcionario debe tener buena disposición para cumplir cabalmente con cada una de sus funciones, otorgando a cada uno lo que es debido y actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con los ciudadanos, con sus superiores y con sus subordinados.
- **Lealtad al Estado de Derecho:** El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. El funcionario se encuentra prohibido de ocupar cargo de confianza en régimen de facto bajo sanción de cese automático de la función pública.

De otro lado, el artículo 7° del código establece una serie de deberes de la función pública de observancia obligatoria por parte del servidor público. Dichos deberes, se entiende, dimanan de la observancia de los principios básicos ético-jurídicos establecidos en el artículo 6° del código. Así, los deberes ético-jurídicos de la función pública son los siguientes:

- **Neutralidad:** El funcionario debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia respecto a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.
- **Transparencia:** El funcionario debe desempeñar su labor con transparencia. En principio, todos los actos funcionariales se consideran públicos y son accesibles al conocimiento de todo ciudadano.
- **Discreción:** El servidor debe guardar reserva respecto a hechos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y que estén exceptuados de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.
- **Ejercicio adecuado del cargo:** El funcionario en el ejercicio de su cargo no debe ejercer ningún tipo de represalia o coacción contra otros servidores públicos u otras personas.
- **Uso adecuado de los bienes del Estado:** El funcionario debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el cumplimiento de su función de manera racional. El funcionario debe utilizar los bienes del Estado para fines exclusivamente públicos.
- **Responsabilidad:** Todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral. En situaciones extraordinarias, el funcionario puede realizar tareas que no sean propias de su cargo, siempre que estas resulten necesarias para mitigar, neutralizar o superar las dificultades que se enfrenten.

Asimismo, en el artículo 8° del mencionado código se establecen una serie de prohibiciones ético-jurídicas de la función pública, extraídas de los deberes y principios plasmados en el artículo 6° y 7° del código. Dichas prohibiciones son:

- **Mantener intereses en conflicto:** El funcionario no debe mantener relaciones o aceptar situaciones que puedan generar conflicto entre sus intereses personales, laborales o económicos y el cumplimiento de su función pública.

- **Obtener ventajas indebidas:** El funcionario no debe obtener o procurar beneficios indebidos, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.
- **Realizar actividades de proselitismo político:** El funcionario no debe realizar actividades de proselitismo político aprovechándose de su cargo público.
- **Hacer mal uso de información privilegiada:** El funcionario no debe participar en operaciones financieras donde utilice información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por razón de su cargo.
- **Presionar, amenazar y/o acosar:** El funcionario no debe ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros funcionarios públicos que pudieran vulnerar la dignidad de la personas o inducir a la realización de acciones dolosas.

Habiendo analizado estas disposiciones, queda entonces referirse a la naturaleza normativa de este código. Es evidente que este tiene carácter ético-jurídico y no meramente ético, debido a lo siguiente:

- El código fue creado mediante una norma de rango legal emitida por el Congreso de la República.
- El artículo 15° de dicha ley establece que la Comisión Permanente o Especial de Procedimientos Administrativos Disciplinarios –o al órgano que haga sus veces– de cada entidad estatal, es la encargada de investigar, procesar y sancionar a los funcionarios que cometan alguna infracción contenida en el código.
- Los artículos 10°, 11° y 12° del código, así como el Título IV de su reglamento, regulan las sanciones y el procedimiento disciplinario a seguir en caso de violación de alguno de los principios, deberes o prohibiciones señalados.

El Código de Ética de la Función Pública peruano tiene naturaleza ético-jurídica

Cabe notar que este código es de aplicación para toda la actividad que despliega la administración pública; es decir, abarca el ejercicio de la función pública en todos los niveles y ámbitos estatales (Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Ministerio Público, órganos constitucionalmente autónomos, etc.). Sin embargo, como se muestra a continuación, esto no ha sido obstáculo para que algunas entidades estatales en específico –como el Poder Judicial y el Ministerio Público– creen códigos de ética que regulen la actuación debida de sus funcionarios.

### 1.5.4 El Código de Ética del Poder Judicial

En el ámbito específico del ejercicio profesional del juez como funcionario público, existe el Código de Ética del Poder Judicial (CEPJ), aprobado en acuerdo de sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de marzo de 2004.

Este código (como la mayoría de los códigos de ética judicial del mundo), reconoce en su artículo 2°, cinco principios rectores de la actividad judicial:

| Justicia | Independencia | Imparcialidad | Honestidad | Integridad |
|---|---|---|---|---|

Estos principios son la base de interpretación de las demás pautas de comportamiento vinculados con la ética judicial.[59]

59 SOSPEDRA, Op. cit. p. 490.

Destacan aquí los principios de independencia e imparcialidad, por ser los que juegan un papel protagónico en la labor de administración de justicia por parte de los magistrados del Poder Judicial. Estas son las virtudes o valores que, con singularidad, debe cultivar un buen juez en el ejercicio propio de sus funciones. Un juez independiente es aquel quien frente a un caso decide sin responder a consideraciones o influencias externas (sean políticas o económicas) o internas (presiones dentro de la propia estructura del Poder Judicial, por ejemplo sus superiores jerárquicos).[60] Un juez es imparcial, por su parte, cuando se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.[61] En perspectiva histórica, desde que la resolución de los conflictos se transformó en heterónoma se demanda como esencia del tercero su cualidad de independiente e imparcial.[62]

Además de los principios rectores mencionados, el CEPJ establece otros deberes éticos para los jueces entre los que se encuentran el deber de no participar en actividades de índole política (artículo 6°), de diligencia (artículo 7°), el deber de transparencia (artículo 8°), el deber de actuar con decoro y respetabilidad (artículo 9°), etc.

Dentro de estos principios éticos cabe destacar el contemplado en el artículo 5° del CEPDJ: "El juez no debe valerse del cargo para promover o defender intereses particulares, ni transmitir, ni permitir que otros transmitan la impresión de que se hallan en una posición especial para influenciarlo". Este artículo erige la prohibición ética del "conflicto de intereses", impidiendo al juez que acepte intervenir en situaciones que podrían llevarlo a tener intereses en conflicto. Por ejemplo, estaría prohibido que acepte viajes de ciertos estudios jurídicos que luego serán o son parte de algún proceso que él conozca.

En cuanto a la naturaleza de las normas del Código de Ética del Poder Judicial peruano es preciso analizar tanto la instancia que aprobó su creación y el medio empleado para ello, así como las potestades de la instancia de control previstas para el cumplimiento del código.

Con respecto a la instancia que aprobó la norma, el CEPJ fue aprobado por sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de marzo de 2004. Esto llevaría a pensar que posee una naturaleza meramente ética. Sin embargo, el CEPJ establece al Comité de Ética Judicial como la instancia de supervisión de las normas contenidas en él, aunque sin otorgarle potestades coercitivas. Es más, el CEPJ enfatiza en su artículo 12° la naturaleza ética del código y la potestad, preferentemente consultiva y de observación, de este comité.

A pesar de ello, el Comité de Ética Judicial guarda indirectamente cierta potestad coercitiva puesto que puede poner en conocimiento de los órganos de control (OCMA u ODICMAS) aquellos irregulares que haya observado en la conducta de un juez (quejado por los usuarios o sometido a observancia de oficio), siempre que estos constituyan una infracción grave.[63]

**En conclusión, podemos afirmar que el Código de Ética del Poder Judicial tiene naturaleza mixta; es decir, detenta tanto elementos de normas meramente éticas como elementos de normas ético-jurídicas**

60 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Ética judicial y corrupción*. Op. cit. p. 3. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a un juez independiente contiene los siguientes mecanismos de protección: 1) garantía contra presiones externas, 2) adecuado proceso de nombramiento y 3) inamovilidad en el cargo [Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Junio de 2009, Serie C N° 197, párr. 70].

61 Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56.

62 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Loc. cit.

63 MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. p. 10.

### 1.5.5 El Código de Ética del Ministerio Público

Respecto de la específica función pública que cumplen los servidores públicos del Ministerio Público, existe el Código de Ética del Ministerio Público (CEMP), aprobado mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 018-2011-MP-FNJFS, del 18 de marzo de 2011.

Al igual que en el CEPJ, en el CEMP se establecen una serie de principios éticos que todo personal del Ministerio Público debe observar para realizar un correcto desempeño del cargo. Se reconocen los siguientes principios:

- Humanidad
- Justicia
- Igualdad
- No arbitrariedad
- Probidad
- Honestidad
- Veracidad
- Objetividad
- Independencia
- Imparcialidad
- Transparencia
- Prudencia
- Reserva
- Decoro
- Coraje moral
- Responsabilidad
- Competencia
- Diligencia
- Dedicación
- Respeto
- Trabajo en equipo
- Liderazgo

En cuanto a la naturaleza de las normas contenidas en el CEMP, no cabe duda de que estas son de naturaleza meramente éticas, dado que este código fue creado por una norma administrativa de la propia entidad y no establece ningún órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de los principios éticos recogidos en el código.

CAPÍTULO 2

# La parte general de los delitos contra la administración pública

El presente capítulo analiza algunos elementos generales que deben ser comprendidos para un adecuado estudio sobre las consecuencias penales por comisión de delitos contra la administración pública. Estos elementos son; el bien jurídico protegido, la titularidad del bien, el carácter especial de estos delitos, el problema con los delitos de encuentro, la autoría y participación, y el título de imputación de la intervención del particular.

## 2.1 El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Antes de hacer una pequeña reseña de cada postura y explicar cuál es considerada como la más adecuada, conviene adelantar que en este acápite no serán analizados los bienes jurídicos que, de manera específica, protege cada tipo penal, sino que se abordará el bien jurídico protegido, de forma general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Así, es posible identificar tres posturas:

- La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto al bien jurídico ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.

- Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto a la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de "sujeción a la ley"; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas.[64]

- El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública). Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia. Debe entenderse a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho cumpla con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la administración pública en sí, en tanto órganos o instituciones sino a la administración en sentido funcional, en tanto su función se orienta a hacer realidad los fines del Estado constitucionalmente establecidos.[65] Referidos y reflejados, en gran medida, en el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos y, por lo tanto, a la satisfacción plena de sus derechos y libertades.

64 REAÑO PESCHIERA, José. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2009, pp. 29-30. Esta perspectiva teórica es planteada por JAKOBS, Günther, citado por VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 35.

65 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Grijley, 2011, p. 5

**EJEMPLO**

Si un fiscal acepta dinero del abogado para archivar un caso contra un imputado, se estaría cometiendo un delito de cohecho y, con ello, vulnerando, en primer lugar, el correcto funcionamiento de la administración pública.

EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SERÍA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En segundo lugar, este delito supondría la vulneración del derecho al debido proceso de la parte civil, así como el derecho a la igualdad de armas al momento de defender su posición dentro del proceso.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO E IGUALDAD DE ARMAS SERÍAN LOS FINES DEL ESTADO

El bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado[66]

Esta es la perspectiva de bien jurídico considerada la más adecuada y que se utilizará a lo largo de este manual.[67]

El bien jurídico "correcto funcionamiento de la administración pública" es supraindividual, es decir:

- Su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto.
- Es indisponible por un sujeto privado.[68] Por esta razón, será ineficaz el consentimiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.[69]

Esta posición ha sido recogida por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre prescripción de la acción penal:

**JURISPRUDENCIA**

**Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010 (Fundamento 14°)**

"(…) no todos los delitos comprendidos allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo con el correcto funcionamiento de la administración pública (…)"

66 MEINI, Iván. "Delitos contra la administración pública". En: *Delitos contra la Administración Pública*. Guatemala: USAID, 2008, p. 7.

67 Esta misma postura es compartida por autores como Ramiro Salinas Siccha, Fidel Rojas Vargas, Iván Meini Méndez.

68 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 188-189.

69 Al respecto, se puede encontrar información más detallada sobre la disponibilidad del bien jurídico en los delitos contra la administración pública en; VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. "El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo)". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

### 2.1.1 Titularidad del bien jurídico

En relación con la titularidad del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción, existen dos grandes posturas:

- El titular del bien es el Estado. Esta es la posición dominante y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.
- Los titulares son los ciudadanos. Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, afectando los derechos de los administrados y de la colectividad en general.[70] Una postura contenida en aquella es la que considera que la conducta penalmente relevante de un delito contra la administración pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo.

  Sin embargo, los autores de este manual difieren de ella ya que los delitos contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo. Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. Además, no debe confundirse la finalidad político criminal (que sería en última instancia la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos) con el objeto jurídico de protección del delito. Por este motivo, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública no es el derecho fundamental específico lesionado.

Así, la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública –a través de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos específicos de cada tipo penal– hace, a su vez, peligrar la función prestacional del Estado.

Con respecto a la afectación de la función prestacional del Estado por parte de los delitos contra la administración pública, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia recaída en el expediente N°00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012 señala que:

> "La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho Penal en el "correcto funcionamiento de la administración pública". A su vez, este tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. La intervención en derechos fundamentales que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal "De la Función Pública". Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que "…los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación…", subyace el principio de "buena administración."

## 2.2 Concepto de funcionario público

La calidad de funcionario público no es accidental sino que, su conducta, es un elemento fundamental de la sanción penal de los delitos de corrupción. En esta medida, todo análisis de una acción de corrupción debe partir por identificar al funcionario público. Pero, ¿quién es funcionario público?

70 ASUA BATARRITA, Adela. "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria". En: *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 25.

### 2.2.1 Autonomía del concepto de funcionario público

En primer lugar, al momento de definir al funcionario público en el marco de los delitos de corrupción debe tomarse en consideración la autonomía del término en el ámbito penal.

El contenido del concepto de funcionario público ha tenido un trato diferente dependiendo del área del Derecho que lo regula. Por ejemplo, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución y del artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Estas normas establecen una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión). Esta definición ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa.[71] Así:

- El artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta
- El artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta

Por el contrario, como se verá más adelante, en el ámbito del Derecho Penal, la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo. Para el Derecho Penal no interesa tanto la "calificación jurídica" o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado.[72] En otras palabras, para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal, es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública.

> El concepto de funcionario público utilizado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, respondiendo este a criterios de valoración estrictamente penal[73]

### 2.2.2. Concepto de funcionario público

Sobre la base de lo señalado, resulta necesario utilizar un concepto que sea funcional a la protección del correcto y normal funcionamiento de los servicios de la administración pública en favor de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la doctrina[74] ha reconocido como los elementos del concepto de funcionario público los siguientes:

- La persona deberá ser incorporada heterónomamente a la actividad pública (título habilitante)
- La persona debe ejercer la función pública o tener la posibilidad efectiva de hacerlo

71 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2001, p. 29.

72 Cfr. OLAIZOLA FUENTES, Inés. "Concepto de Funcionario público a efectos penales". En: Adela Asua Batarrita (coordinadora). *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 77.

73 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ídem. p. 30; DONNA, Edgardo. "El concepto de funcionario público en el Código penal peruano". En: *Revista peruana de Ciencias Penales*, N° 11-12, Año VII-VIII. Lima: Idemsa, 2000, pp. 261-273; OLAIZOLA FUENTES, Inés. Ídem, p. 77.

74 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ídem. pp. 19-39.

Sin embargo, por las razones expuestas a continuación, conviene utilizar los siguientes elementos:

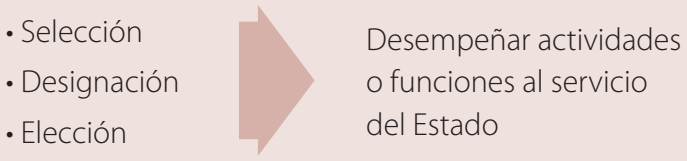
- Incorporación heterónoma a la función pública
- Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo

### *La incorporación heterónoma a la función pública*

La incorporación heterónoma a la función pública significa que el funcionario público adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que –distinta al propio funcionario– ostente el poder suficiente para vincular al nuevo servidor con la administración pública.

En otras palabras, el título habilitante de incorporación consistirá en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado.[75]

**TÍTULO HABILITANTE DE INCORPORACIÓN DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO (INCORPORACIÓN HETERÓNOMA)**




Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública.[76] Así entendemos:

- **Selección:** Elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El juez que es elegido por concurso público dirigido por la CNM.
- **Designación:** Destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del despacho presidencial.
- **Elección:** Nombramiento que regularmente se hace a través de un proceso de votación. Ejemplo: El congresista que es elegido por elección popular.

Esta posición es la planteada por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC):[77]

**ARTÍCULO I DE LA CICC:**

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

- "Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".
- "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".

75 Cfr. MEINI, Iván. Ídem. p. 16.

76 Ibídem.

77 Ratificada por el Estado peruano, el 6 de abril de 1997.

Estas formas de acceso a la función pública son igualmente reconocidas por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC):[78]

**ARTÍCULO 2 DE LA CNUC**

"A los efectos de la presente Convención:

a) Por "funcionario público" se entenderá:

i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;

iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;"

Así, una interpretación conjunta de ambos tratados lleva a postular la incorporación heterónoma a la función pública, resaltando las siguientes características:

- **No importa la denominación o nomen Iuris:** La CICC ha buscado abarcar los distintos conceptos utilizados por los ordenamientos jurídicos de la región.[79] En esta medida, ha dejado claro que no importa el nombre formal que se le otorgue al funcionario para que el Derecho Penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el Derecho interno de los estados.

- **Título habilitante:** Tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo expuesto anteriormente sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, ya que señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.

- **Irrelevancia del nivel jerárquico:** Como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.

- **Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo**

Como se puede observar, el requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa, es decir, excluye de la categoría de autores de los delitos de corrupción a las personas que no hayan sido incorporadas heterónomamente a la función pública.

78 Ratificada por el Estado peruano, el 16 de noviembre de 2004.

79 Cfr. MEINI, Iván. Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública. Op. cit. p. 4.

Ahora bien, existen dos supuestos de casos que generan dificultades: Los funcionarios de facto y aquellos que usurpan funciones públicas de manera unilateral. En el primer caso, se trata de un particular que es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable[80] y/o inexistente. Por otro lado, en lo que respecta al usurpador de funciones, se hace referencia a los casos en que un sujeto, por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la posición de funcionario. A través de dos ejemplos, se aportará la solución a estos complejos casos:

**EJEMPLO**
**El funcionario de facto o de hecho**

El 17 de enero de 2001 se difundió un video donde se aprecia cómo Vladimiro Montesinos (quien formalmente no era jefe del SIN sino Asesor II de la Alta Dirección de dicho órgano) le entregó a Luis Bedoya de Vivanco, candidato al cargo de alcalde de Miraflores, la cantidad de US$ 25,000 dólares americanos, pertenecientes a los fondos públicos del SIN con el objetivo de financiar su campaña electoral municipal en 1998.

**¿Podía Bedoya de Vivanco ser considerado funcionario público?**

Bedoya de Vivanco al momento de los hechos, no había sido incorporado a la función pública de forma heterónoma, ya que era un candidato sin vínculo material con la administración pública. Por ello, no podría ser considerado funcionario público. Esta fue la razón por la cual no pudo ser procesado como autor calificado o *intraneus* de algún delito contra la administración pública.

**¿Podía Montesinos Torres ser considerado un funcionario público para efectos del delito de peculado?**

El Tribunal Constitucional, ratificando lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, dispuso lo siguiente:

"(…) Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal".[81]

De esta manera, al existir un título habilitante material, porque el expresidente Fujimori incorporó a Montesinos Torres en la cúpula del SIN (incorporación heterónoma por designación), permitiendo su acceso y disposición a los fondos públicos de dicha entidad, sí es posible considerarlo funcionario público.

En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, debe ser considerado funcionario público en el delito de peculado.

80 Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Sobrino Martínez. *Delitos contra la Administración Pública*. Barcelona: Bosch, 2008, pp. 37-50.

81 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente 2758-2004-HC/TC (Fundamento 10°).

**EJEMPLO**
**El usurpador unilateral de funciones**

Un sujeto compra la vestimenta de un policía de tránsito para utilizarla en su beneficio, detiene un automóvil que no tiene el SOAT y le exige al conductor la entrega de dinero a cambio de no sancionarlo con la multa respectiva.

**¿Puede ser considerado como funcionario público y responder como autor del delito de cohecho este sujeto?**

Es importante tener en cuenta que el sujeto se coloca, de forma ilegítima, en la posición de un funcionario público. Al no haber sido incorporado de forma heterónoma y con un título habilitante a la función pública sino que, por propia iniciativa, se hace pasar por funcionario; no podrá contar con el poder para vincular al Estado y, por tanto, no debe ser considerado funcionario público.

### *La posibilidad efectiva de desempeñar el cargo*

Cuando se analiza si una persona puede o no ser considerada funcionario público en los términos del Derecho Penal, más que un ejercicio de la función pública debe hablarse de una posibilidad efectiva de ejercicio de la función pública, ya que con la sola posibilidad real se podrá lesionar el bien jurídico protegido en estos delitos. La posición de cercanía al bien jurídico protegido no requiere de un ejercicio, sino de la posibilidad efectiva (y no irreal o abstracta) de ejercitar el poder otorgado al momento de la incorporación en el organigrama público. En otras palabras, cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento. Este vínculo configura la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo.

Este elemento también está presente en la CICC cuando en lugar de utilizar la expresión "seleccionado, designado o electo que desempeñe actividad", ha decidido estipular lo siguiente; "seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones (…)". La preposición "para" es una evidente manifestación de que la voluntad del legislador (en este caso, los estados parte) ha sido que se incluya al funcionario que tenga la posibilidad efectiva del desempeño del cargo.

**EJEMPLO**
**El funcionario público electo**

El artículo 47° del Reglamento del Congreso dispone que "el periodo parlamentario comprende desde la instalación del nuevo congreso, hasta la instalación del elegido en el siguiente proceso electoral".

Alberto Kouri Bumachar[82] fue candidato al Congreso de la República para el periodo 2000-2005. El 9 de abril de 2000 se realizaron las elecciones presidenciales y congresales, siendo este elegido para el cargo de congresista de la República. No obstante, el 5 de mayo del mismo año, Kouri Bumachar se reunió con Vladimiro Montesinos y recibió dinero para cambiarse a las filas del fujimorismo.

82 Cfr. Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 12 de febrero de 2003, recaída en el expediente 06-2001.

La lista oficial de congresistas fue publicada por el Jurado Nacional de Elecciones el 3 de junio, asumiendo estos funcionarios el cargo con fecha 28 de julio.

**¿Debía ser considerado funcionario público Alberto Kouri Bumachar?**

El Derecho Penal, como se ha señalado, maneja un concepto autónomo de funcionario público, distinto al previsto en el Reglamento del Congreso. Dado que Kouri Bumachar se encontraba tan cerca de la administración pública que era capaz de vincular materialmente al Estado con sus actos, sí debe ser considerado funcionario público. Cuando Kouri se reunió con Montesinos, ya había sido elegido como congresista. A pesar de que no ejercitó ni desempeñó el cargo público, Kouri Bumachar se encontraba en la posición de dominio que le permitía acceder y lesionar el bien jurídico. Son irrelevantes, por tanto, las normas administrativas que establezcan formalidades.

Estas son las consideraciones más importantes que el Derecho Internacional establece como concepto de funcionario público para efectos penales. Sin embargo, es posible encontrar otros elementos que no dejan dudas de una comprensión extensa de la calidad de funcionario público para efectos punitivos.

De esta manera, haciendo una interpretación conjunta de los instrumentos internacionales, se puede decir que el funcionario público queda caracterizado por lo siguiente:[83]

- Ser un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, es decir, no interesa el lugar donde se ejerza la función pública
- Haber sido designado, seleccionado o elegido. Conviene señalar, dentro de la modalidad "elección", al funcionario seleccionado, ya que un proceso de selección culmina con la elección de la autoridad competente. Sin embargo, a efectos esclarecedores se pueden diferenciar estos conceptos, como lo hace la CICC.
- El cargo puede ser permanente o temporal
- El sujeto puede percibir una remuneración por ser servidor público, pero puede ser también un cargo honorario
- No importa la antigüedad en la función pública
- Es funcionario público todo aquel que desempeñe o esté en posibilidad efectiva de desempeñar una función pública
- Todo funcionario público según el Derecho Interno

### 2.2.3 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados

El artículo 425° del Código Penal hace referencia al concepto de funcionario; sin embargo, este cuerpo normativo, lejos de fijar un concepto único[84] o una lista cerrada de lo que es un funcionario público, establece, en casi la totalidad de su extensión, una lista casuística y abierta, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos según lo previsto en la Constitución y la ley.

83 Ídem. p. 5.

84 A diferencia del artículo del Código Penal español que propone una definición de funcionario público.

> "Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:
>
> 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa
> 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular
> 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos
> 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares
> 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional
> 6. Los demás indicados por la Constitución política y la ley"

Es importante destacar de este artículo que los numerales 2, 3, 4 y 5 incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional, reafirmando la noción amplia y autónoma que señala este manual para el Derecho Penal. Es más, el numeral 4 (administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente) plasma de manera clara y precisa el hecho de que al Derecho Penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados.

Ahora bien, el numeral 3 considera funcionarios públicos a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado. En este sentido, la norma penal está incluyendo al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público que trabaje ad honorem (caso de la primera dama de la nación que ejerce alguna función pública sin percibir retribución económica), a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante pre profesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal pero sí un vínculo real-material con la función pública.

Por otro lado, se debe destacar que el artículo 425° haya utilizado los tres títulos habilitantes, a los que nos hemos referido en líneas anteriores, para la incorporación a la función pública, siempre que se den de forma heterónoma incluyen a todas las formas posibles de acceso a la administración pública:[85]

- Selección (numeral 1, 3, 5)
- Designación (numeral 3 y 4)
- Elección (numeral 2)

Sin perjuicio de lo expuesto, se podría sostener que, si bien el artículo 425° refuerza el elemento de la incorporación heterónoma a la función pública, aparentemente niega el elemento de la posibilidad efectiva de desempeñar un cargo público, porque exigiría (en sus numerales 2 y 3) la efectiva asunción de funciones.

85 Cfr. Supra. Concepto de Funcionario Público. Elementos del Concepto. A. Incorporación Heterónoma a la Función Pública.

Esta interpretación es contraria al sentido de los delitos contra la administración pública; en primer lugar, porque la cercanía con el bien jurídico, y con ello la posibilidad real de afectación a la administración pública, se da incluso sin la efectiva asunción de funciones. Pero, en segundo lugar, porque, como se verá más adelante, es contraria a los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, en concreto, con la Convención Interamericana contra Corrupción[86] (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Finalmente, el numeral 6 del Código Penal representa una clausula abierta de vital importancia en la lucha contra la corrupción, al establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley. ¿Qué norma de rango constitucional o legal nos brinda un acercamiento al concepto de funcionario público del Derecho Penal? De una revisión de nuestro ordenamiento jurídico, puede afirmarse que las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55° de nuestra Constitución que señala: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".[87]

Así, las disposiciones ya reseñadas de los artículos 1° y 2° de la CICC y el artículo 2° de la CNUC son normas autoaplicativas o de aplicación inmediata (*selfexecuting*) y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por los operadores del Derecho cuando determinen quién es funcionario público.[88]

**¿QUÉ ES UNA NORMA AUTOAPLICATIVA, DE APLICACIÓN AUTOMÁTICA O *SELFEXECUTING*?**

En el Derecho Internacional existen normas autoaplicativas y normas no autoaplicativas o programáticas.

Una norma autoaplicativa es aquella norma completa, es decir, que puede ser aplicada o que despliega sus efectos de manera inmediata, sin la necesidad de algún acto legal adicional. Las normas no autoaplicativas, por el contrario, requieren de un desarrollo legislativo posterior para su aplicación.

Para que una norma sea autoaplicativa es necesario que cumpla con lo siguiente:

- Que otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigido ante el juez
- Que sea lo suficientemente específica para poder aplicarse judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de recurrir a alguna norma adicional[89]

En conclusión, las normas internacionales referidas al concepto de funcionario público son auto-aplicables, toda vez que representan definiciones completas, claras y específicas, siendo su cumplimiento un deber del operador judicial, ya que su omisión generará la responsabilidad internacional del Estado peruano.

86 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe: *Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_peru.htm. Revisado el 12/02/13.

87 En el mismo sentido, la Ley 26647, la cual dispone en su artículo 3° que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

88 En cualquier caso deben ser consideradas disposiciones que funcionan como criterios de complementación hermenéutica al tratarse de un concepto (el de funcionario público) normativo del tipo penal.

89 Cfr. ÇANCADO TRINTADE, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Citado por: BREGAGLIO LAZARTE, Renata. Ibídem.

Esta posición ha sido asumida por la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006, en relación a la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. La Corte señaló:

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

A todo lo anterior, se debe agregar que este razonamiento no representa ni una integración analógica de la norma ni la aplicación de una ley penal en blanco.

- **No es integración analógica:** La integración analógica consiste en la aplicación de la consecuencia de la norma jurídica a un supuesto de hecho distinto a esta.[90] Además, como todo método de integración, la analogía opera frente a una laguna del Derecho. En el presente ejemplo se está interpretando, no integrando, un elemento objetivo del tipo funcionario público.
- **No es aplicación de ley penal en blanco:** Este razonamiento no implica una remisión que rellene un vacío dejado por un elemento faltante que se encuentra fuera del tipo penal (remisión en bloque o ley penal en blanco),[91] sino que implica un elemento que requiere, para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, la ayuda de alguna norma.[92] Esto se denomina remisión interpretativa.

El concepto de funcionario público es un elemento normativo del tipo[93] que requiere para su entendimiento que el operador jurisdiccional utilice otras normas penales del ordenamiento peruano como, por ejemplo, el artículo 425° del Código Penal, el artículo 1° de la CICC y el artículo 2.a de la CNUCC

90 Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: PUCP, 2009, p. 264 y ss.

91 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del delito económico". En: *Revista Penal*. Huelva: Tomo 21, enero 2008, p. 4. Disponible en: http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/338/329. Consulta: 14/02/13.

92 Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid: Universitas, 2004, p. 351. En un sentido similar: GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*. Disponible en: http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf. Consulta: 14/02/13, p. 72.

93 Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. cit. p. 352. Cabe recordar que todos los tipos penales tienen elementos descriptivos del tipo y elementos normativos. Los primeros pueden ser conocidos con el común saber empírico, mientras que los segundos requieren de una norma para la correcta comprensión de su alcance y definición.

## 2.3 Los delitos contra la administración pública como delitos especiales

Como se ha visto, el elemento del tipo "funcionario público" es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. En esta medida, el presente acápite analiza el concepto de delito especial, el fundamento de los delitos especiales, y las clases de delitos especiales; todo ello en correspondencia con los delitos de corrupción.

### 2.3.1 Delitos especiales: Concepto simple vs. concepto complejo

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto "delito especial":

- **Delito especial en sentido simple:** Según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal.[94]

- **Delito especial en sentido complejo:** Este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial.

De una primera mirada, parecería sensato afirmar que los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple, toda vez que delimitan el círculo de autores y con ello, como se ha detallado en apartados anteriores, se protege eficientemente el correcto funcionamiento de la administración pública.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales[95], criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que "la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal".[96]

Así, no se puede negar que el concepto simple de delito especial brinda una herramienta útil para analizar estos delitos, ya que distingue su único rasgo común; la inidoneidad para ser cometidos por cualquier sujeto.[97]

Sin embargo, también es necesario analizar los delitos especiales en sentido complejo, pues no debe olvidarse que un concepto formal sin fundamentación carece de sentido. Formulado con otras palabras, el concepto simple es solo la puerta de entrada a la problemática de los delitos especiales cuya comprensión obliga a conocer el motivo de la delimitación del círculo de autores (es decir, incorporar el concepto complejo). La determinación de este fundamento debe permitir responder algunos aspectos problemáticos que plantean los delitos especiales que serán, posteriormente, analizados.

94 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006, p. 27.

95 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "La teoría de los delitos de infracción de deber". En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; Tomo 19, enero 2011, p. 81; CARO JOHN, José Antonio. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf. Consulta: 08/02/13; REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit. p. 23 y ss.

96 Destaca la sentencia del 20 de julio de 2009 recaída en el expediente AV-23-2001 emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en contra de Alberto Fujimori Fujimori. p. 35. Pie de Página 3.

97 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 16.

¿Cuál es el fundamento de la restricción legal del círculo de autores en los delitos especiales? Esta pregunta exige recordar que existe una gran variedad de delitos que pueden ser incluidos en la nomenclatura de delitos especiales. ¿Tienen todos ellos el mismo fundamento material? Parece claro que no, que hay distintas clases de delitos que presentan diversos motivos y razones por los que el legislador decidió acotar el número de autores a un grupo con cualidades especiales. En este contexto, existen diversas clases de delitos especiales en sentido complejo, que responden a fundamentos materiales distintos. Este manual se limita al de los delitos funcionariales especiales.

Pese a ello, antes de abordar la clasificación de los delitos especiales en sentido complejo, es necesario hacer un breve reencuentro de las principales posturas sobre el fundamento de estos delitos. Así quedarán expuestas las dos teorías que mayor acogida han tenido por la doctrina y que, además, han sido asumidas por la Corte Suprema de la República y por las cortes superiores de Justicia: a) la infracción de deber y b) el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

### *Delitos especiales como delitos de infracción de deber*

Una primera postura, la teoría de la infracción de deber, fue planteada como un criterio de la autoría alternativo al llamado dominio del hecho.[98] Así, el fundamento de la autoría en algunos delitos ya no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal que es infringido. En este sentido, los criterios de dominio del hecho e infracción de deber son completamente independientes entre sí, y su diferenciación vendría impuesta por la ley.[99]

Tomando en cuenta lo anterior, será autor de delitos especiales en sentido complejo quien infringe un deber previo al plano de la norma penal contenido casi siempre en normativa extra penal o infracción del deber y no quien tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho.[100]

**EJEMPLO**

El autor del delito de cohecho pasivo será el funcionario público que infrinja su especial deber de fidelidad y lealtad a la función pública, previstos en el Código de Ética de la Función Pública y normativizados a través del artículo 393° del Código Penal.

Por el contrario, será partícipe de estos delitos todo interviniente que no tenga este deber extra penal, aunque tenga dominio del suceso fáctico.

Cabe señalar que para esta posición, planteada por el profesor Roxin, todos los delitos especiales se caracterizan porque el autor es quien tiene una posición de deber extrapenal, motivo por el cual se utiliza el concepto "delitos de infracción de deber" en lugar de delitos especiales en sentido complejo.[101]

**JURISPRUDENCIA**

**Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Antecedente 1**

"Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo

98 Cfr. ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, pp. 385-434.

99 Cfr. Ídem. p. 420.

100 Cfr. Ídem. p. 386.

101 Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. p. 338.

los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros –denominados delitos de dominio–. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos".

Una segunda postura que complementa a la teoría de la infracción de deber, es la seguida por Jakobs y sus discípulos, esta señala que existen dos tipos de deberes (correspondientes a dos ámbitos de competencia):[102]

- **Competencia por organización:** Correspondiente a los deberes de todo ciudadano de no dañar a nadie (deberes negativos). La norma se dirige al ciudadano con la expectativa de que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo. Pertenecen a esta categoría los delitos comunes o de dominio.
- **Competencia institucional:** Correspondiente a los deberes que nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos).[103] Estos no se limitan a no dañar, sino que implican una prestación de ayuda y fomento.[104] Esencialmente se pueden distinguir dos tipos de deberes positivos: los familiares (por ejemplo, los de la madre con la salud del hijo) y los estatales[105] (por ejemplo, los del funcionario con el correcto funcionamiento de la administración pública).

Del esquema anterior, se desprende claramente que los delitos de corrupción deberían calzar dentro de los delitos por infracción de un deber positivo-institucional (deber estatal). Como consecuencia de esto, el estatus de funcionario deja de ser un simple elemento agravante, y se convierte en la esencia del delito contra la administración pública.[106]

### *Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico*

La teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[107] parte por preguntarse cuáles son las necesidades político-criminales detrás de la decisión del legislador de elaborar un delito especial.[108]

En esta línea, esta perspectiva sostiene que el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no solo en la infracción de un deber formal extra penal o institucional (como lo sostiene la teoría de la infracción de deber), sino en una relación especial de dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Este dominio se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado,[109] es

102 Cfr. JAKOBS, Günther. "La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión". En: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 343-363.

103 Ídem. p. 348.

104 Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. "Delitos de infracción de deber". En: Eduardo Montealegre Lynett (coordinador). Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. *El funcionalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 275.

105 Cfr. Ibídem.

106 A pesar de todo lo expuesto hasta aquí, esta postura ha sido criticada de forma reiterada por la doctrina. Para más información: RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Delitos especiales de Dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Granada: Comares, 2010. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el Delito: Fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito*. Barcelona: Indret, 2011. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/792.pdf. Consulta: 22/02/13; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. En la doctrina peruana: PARIONA ARANA, Raúl. "La teoría de los delitos de infracción de deber". En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; Tomo 19, enero 2011. SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit. En el presente manual, esta postura no será adoptada.

107 Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. "El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría". *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia*. Bogotá: 2004, N° 75, vol. 25, pp. 13 – 25.

108 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 202.

109 Ibídem.

decir, en la cercanía o proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le permite tener la capacidad de afectarlo desde la organización estatal.[110] En este sentido, es la función del autor frente a la especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico, lo que favorece que tenga el dominio del resultado lesivo.

**EJEMPLO**

Un juez tiene la función de impartir justicia (servicio público). De esta forma, de él depende –situación de vulnerabilidad– que la administración pública funcione correctamente (específicamente en el ámbito jurisdiccional que le corresponde). En esta medida, el juez que recibe dinero de un abogado para que agilice un proceso, será autor del delito de cohecho pasivo en virtud de su dominio sobre el bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la administración de justicia.

Ello resulta pertinente en los casos de los delitos de corrupción, porque el funcionario ejerce un control especial sobre el suceso que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública; a raíz de la posición interna y del poder estatal del que dispone el funcionario.[111]

Esta tesis también ha sido acogida por Pleno Jurisdiccional Superior Penal:

**JURISPRUDENCIA**

**Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004.**
**Tema 5, Acuerdo Primero**

"Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate. (….) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado".

**El presente manual se acoge a la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico:**

- La posición de garante no se debe SOLO a la formalidad del estatus (una posición que ocupa el sujeto en la sociedad o institución), sino SOBRETODO al ejercicio material del mismo, es decir, a las distintas funciones a través de las cuales el sujeto asume libremente la responsabilidad por el bien jurídico.[112] A ello se suma pues la necesidad de verificar el dominio efectivo sobre el fundamento del resultado
- El dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico es el fundamento de un grupo MAYORITARIO de delitos especiales (donde se encuentran los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos) pero no de todos. Este manual, abordará solo la dinámica de los delitos funcionariales o especiales de posición institucionalizada.[113]

110 Cfr. DONNA, Alberto. Op. cit. p. 273.

111 Cfr. Ídem. p. 24.

112 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I. Teoría General*. Zaragoza: Prensas universitarias, 1985, p. 364 y ss; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 23.

113 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. pp. 520-525. En este mismo sentido: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada: 2012, N° 14-01. pp. 01:1-01:29. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf. Consulta: 04/12/12.

### 2.3.2 Clasificación de los delitos especiales en propios e impropios

Tradicionalmente, los delitos especiales como aquellos contra la administración pública se clasifican en propios e impropios. Así:

- **Los delitos especiales propios:** Caracterizados por que la cualidad especial del autor (funcionario público para los delitos que son materia de este manual) fundamenta la responsabilidad penal. Es decir, si el autor del delito no es funcionario público entonces no existe tipo penal común similar (o subyacente) por el que pueda responder.[114] Ejemplo de ello son los siguientes delitos: El abuso de autoridad, la malversación de fondos, el cohecho pasivo, el enriquecimiento ilícito o el prevaricato.
- **Los delitos especiales impropios:** Caracterizados por que la cualidad especial del autor solamente equivale a un elemento adicional que generalmente, agrava, (aunque a veces) atenúa, la responsabilidad penal ya existente en un delito común. Así, si el sujeto no tiene tal cualidad, responderá inmediatamente por el delito común.[115] Ejemplo de ello son los siguientes delitos: La concusión (en relación con las coacciones o la estafa) y el peculado (en relación al hurto o a la apropiación ilícita).

Ahora bien, ¿es correcto afirmar que algunos delitos de corrupción son delitos especiales impropios?

De acuerdo a lo estudiado hasta ahora, la cualidad de funcionario público no es un elemento meramente modificador de la pena (circunstancias agravantes o atenuantes), sino un elemento "fundamentador" de la responsabilidad penal.[116] Respecto al dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[117], el presente manual defiende esta postura, porque la función especial del funcionario público es el núcleo de la responsabilidad penal de estos delitos. Por ello, en nuestra concepción, no es posible hablar de delitos especiales impropios en materia de corrupción.

> Se debe tener en cuenta que la teoría de la infracción de deber llega a la misma conclusión, en tanto que para esta tesis la distinción entre delitos especiales propios e impropios es superflua (ambos se fundamentan en la lesión de un deber positivo)[118]

Como consecuencia de ello, es posible afirmar que los mal llamados delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados de los correspondientes delitos comunes, sino que son delitos con autonomía.[119] Asimismo, se debe tomar en cuenta que en estos delitos el sujeto cualificado (funcionario público) también tiene un especial acceso sobre la vulnerabilidad del bien jurídico (el poder para lesionarlo desde la administración pública).

Lo dicho cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el método para determinar la autonomía de los delitos debe ser de naturaleza teleológica, esto es, preguntar por el objeto de la prohibición penal.[120] Dado que el bien jurídico que se protege en los delitos de corrupción es el correcto y normal

114 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 41.

115 Cfr. Ídem. p. 42.

116 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 507.

117 Ver supra.

118 Cfr. GÓMEZ-VERA, Javier. Op. cit. p. 285.

119 Cfr. RUEDA MARTÍN. María Ángeles. Op. cit. p. 76.

120 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. pp. 06:19-06:52. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf. Consulta: 25/02/13.

funcionamiento de la administración pública, todos los delitos especiales contra la administración pública son propios y autónomos. Además, que exista algún delito común con el que el delito especial guarde cierta semejanza no es un argumento en contra para reconocer la autonomía de los delitos funcionariales y la relación interna tan particular que existe entre el funcionario público y el bien jurídico protegido.

**EJEMPLO**

- El delito de peculado protege el correcto funcionamiento de la administración pública
- El delito de apropiación ilícita protege el patrimonio

Ante el diferente objeto de protección penal, solo queda afirmar la autonomía entre estos dos tipos penales.

## 2.4 El problema de los delitos de encuentro

El problema de los delitos de encuentro es dogmático respecto a la punibilidad o impunidad de un sujeto particular (*extraneus*) que colabora o contribuye con la conducta del autor (funcionario público).

La solución a la problemática de los delitos de encuentro debe responder a las siguientes preguntas: ¿Debe ser penalmente responsable el sujeto que se limita a hacer lo que el tipo penal presupone? ¿Pueden responder como cómplices o instigadores los intervinientes necesarios, aplicando las reglas generales de la participación criminal? Sobre estas cuestiones se profundizará a continuación.

A efectos de hacer más comprensible la problemática, primero, es conveniente efectuar un acercamiento general a los delitos de intervención necesaria para, posteriormente, confluir en la problemática específica de los delitos de encuentro.

### 2.4.1 Los delitos de intervención necesaria

Se llaman delitos de "intervención necesaria", de "participación necesaria"[121] o "plurisubjetivos" a aquellos que para la configuración de su tipo penal requieren, imprescindiblemente, la intervención de más de una persona.[122] Es decir, el tipo penal no solo describe la conducta del autor, sino también la conducta de otra persona.

### 2.4.2 Los delitos de convergencia y los delitos de encuentro

Los delitos de "intervención necesaria" han sido clasificados por la doctrina penal[123] en dos clases de delitos:

- **Los delitos de convergencia:** Son aquellos donde las actividades de los intervinientes descritos en el tipo penal se dirigen conjuntamente al mismo objetivo.[124] Es decir, el tipo penal exige la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección.[125]

121 En este manual, al igual que ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 64-65 se prefiere utilizar el término "intervención necesaria", por ser este más amplio que el de "participación necesaria", que permite encuadrar tanto las conductas de autoría como de participación (complicidad o instigación) o incluso las meras intervenciones impunes.

122 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares: Granada, 2002, p. 751.

123 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Loc. cit., ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 66 y ss. y CARRASCO ANDRINO, María del Mar. Op. cit. p. 59 y ss.

124 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Loc. cit.

125 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 67.

**EJEMPLO**

El delito de asociación ilícita para delinquir (artículo 317° CP) que sanciona al que forma parte de una organización, de dos o más personas, destinada a cometer delitos.

- **Los delitos de encuentro:** Son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse.[126] Es decir, si bien las acciones de los intervinientes se dirigen a una misma finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria.[127] Es muy importante diferenciar los delitos de encuentro en que el tipo penal está configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido (por ejemplo, en el delito de violación sexual de menor), de aquellos delitos de encuentro en que el tipo penal no está configurado para proteger a la tercera persona concurrente (por ejemplo, el delito de colusión). En el primer caso, es muy claro que el tercero es una víctima del delito y no responde por delito alguno, mientras que, en el segundo caso, como se menciona más adelante, no hay ningún problema para que responda como cómplice o que se investigue según las reglas de la parte general.

La diferencia con los delitos de convergencia es que, en los delitos de encuentro, el interviniente necesario actúa desde una posición distinta de la que actúa el autor. Aquí la conducta del interviniente no "converge" con la conducta del autor para luego vulnerar un bien jurídico, sino que se "encuentra" con la conducta de autor, quien actuó de manera aislada y autónoma

En la presente investigación el análisis se centrará en los distintos supuestos que presentan los delitos de encuentro por ser los más problemáticos en algunos delitos contra la administración pública.

### 2.4.3 Supuestos de delitos de encuentro

Siguiendo, en parte, la clasificación realizada por el Prof. Abanto Vásquez[128] pueden identificarse los siguientes supuestos de delitos de encuentro:

- **Supuestos en los que el interviniente necesario es el titular del bien jurídico protegido por el delito:** Aquí, el tipo penal persigue, precisamente, la protección del interviniente necesario, es decir, presupone para su configuración alguna conducta de la víctima. En estos casos, la doctrina penal[129] es unánime al sostener que el interviniente necesario nunca responderá penalmente como partícipe del delito.

126 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Loc. cit.

127 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 68.

128 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 69 y ss.

129 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 233, Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Op. cit. p. 752, CARRASCO ANDRINO, María del Mar. Op. cit. pp. 139-170 y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 70.

**EJEMPLO**

En el delito de violación sexual (artículo 170° CP), se requiere que la actuación del autor (violador) tenga un contacto con el interviniente necesario (víctima). Este último es el titular del bien jurídico (libertad sexual) que es protegido por el delito, por lo que su conducta será impune.

En este ejemplo es claro que la víctima de una violación sexual debe intervenir en el delito, dado que es precisamente sobre partes de su cuerpo que recae la acción del autor. Sin embargo, dicha intervención, como ya se puntualizó, no es punible.

- **Supuestos en los cuales el delito de encuentro favorece al interviniente necesario:** La persona que es interviniente necesario en el delito se beneficia de la conducta del autor. En estos supuestos, para saber si el interviniente responde penalmente o es impune hay que diferenciar dos tipos de casos:
  - Cuando la ley penal sanciona la conducta del interviniente necesario a través de un tipo penal específico, debe aplicarse el tipo penal específico que sanciona al interviniente como autor Es decir, se deja impune al interviniente como partícipe de un delito, pero se le sanciona como autor de otro especialmente pensado para sancionar su conducta.[130]

**EJEMPLO**

En estos casos se encuentran los delitos de cohecho activo (artículo 393° CP y ss.), donde se sancionan, mediante distintos tipos penales, a todas las personas que intervienen en el acto de corrupción (funcionarios y particulares).

  - Los casos en los que la conducta del interviniente necesario no se encuentra sancionada por la ley penal. Estos han planteado algunos problemas de interpretación entre los jueces y la doctrina pues no queda claro si el legislador pretendió dejar impune su conducta o, simplemente, quiso que se les aplicaran, como a cualquier otro delito, las disposiciones generales de la autoría y participación reguladas en la Parte General del Código Penal (artículo 23° CP y ss.).

**EJEMPLO**

En el delito de tráfico de influencias (artículo 400° CP) se sanciona a la persona que ofrece interceder ante un funcionario a cambio de un beneficio, pero nada se dice sobre la punición o no de la persona que entrega este beneficio.

Precisamente, sobre el análisis de esta clase de supuesto nos centraremos a continuación.

130 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 77.

### 2.4.4 Consecuencias contra el interviniente necesario en delitos que lo favorecen sin regulación específica de su conducta en la parte especial del Código Penal

Se han planteado, principalmente, tres tesis sobre las consecuencias que deben recaer contra el interviniente necesario en delitos que lo favorecen, sin que su conducta esté sancionada por un tipo penal específico:

- La tesis de la impunidad
- La tesis de la punibilidad
- La tesis del "aporte mínimo necesario"

- **La tesis de la impunidad**

Esta tesis plantea que en los supuestos de interviniente necesario[131] en los delitos que lo favorecen sin sanción penal específica de su conducta, estos no deben responder penalmente en virtud de los principios generales de igualdad y proporcionalidad.[132]

Respecto al principio de igualdad, se sostiene que el interviniente necesario no respondería penalmente, ya que no se le podrían aplicar las reglas generales de la participación criminal (artículo 23° del Código Penal y siguientes), pues su contribución no sería equivalente a la de un tercero cualquiera que colabora directamente en el injusto central.[133] Se dice, entonces, que aplicar las mismas consecuencias de punición al interviniente necesario y al tercero partícipe vulneraría el principio de igualdad, pues no serían casos que merezcan ser tratados de igual manera.

Por otro lado, en cuanto al principio de proporcionalidad, esta teoría señala que la contribución del interviniente necesario sería solo complementaria a otra conducta expresamente sancionada por el tipo penal. Se señala que el Derecho Penal pretendería sancionar directa y únicamente la conducta del autor que es de la que parte el peligro y donde se concentra su efecto multiplicador o propagador.[134]

**EJEMPLO**

En el caso del tráfico de influencias, solo la conducta del que ofrece la influencia sería la que merece ser sancionada, pues de ella dimanaría el efecto multiplicador del delito hacia otras personas.

La crítica acertada y contundente que ha recaído sobre esta teoría es que el recurso a los principios de igualdad y proporcionalidad es muy inseguro, dada la amplitud de los mismos[135]. Asimismo, resulta equivocado pensar que desde la política criminal es conveniente la impunidad del partícipe periférico. La práctica evidencia un efecto multiplicador de la comisión de esta clase de delitos, que proviene de la conducta frecuente y peligrosa del interviniente necesario.[136] Piénsese, por ejemplo, en las múltiples personas que fueron a buscar al ex asesor presidencial, Vladimiro Montesinos Torres, para que intercediera por ellos ante algún juez que veía sus casos.

131 Denominados por el mayor representante de esta tesis, el alemán Cropp, "partícipes especiales".

132 Cfr. CARRASCO ANDRINO, María del Mar. Op. cit. p. 114.

133 Ibídem. p. 116.

134 Ibídem.

135 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 85.

136 Ibídem.

- **La tesis de la punibilidad**

De acuerdo con esta tesis, en esta clase de supuestos no existe obstáculo para que, en principio y como regla, el interviniente necesario sea sancionado mediante las reglas generales de la participación (artículos 24° y 25° del Código Penal). Ahora bien, esta corriente teórica incluye dos posturas:

- Aquella que sostiene que, como regla, el interviniente necesario siempre responderá penalmente, salvo que actúe con falta de dolo o su conducta sea estereotipada o inocua; esto es, que se enmarque dentro de su rol.[137]

- La tesis del aporte mínimo necesario: Según esta teoría, cuando el interviniente necesario solamente efectúa una aportación mínima en la realización del tipo penal (de poca magnitud y reducida influencia en la conducta peligrosa del autor), su conducta es impune.[138] Sin embargo, si la actividad del interviniente va mas allá del mínimo necesario establecido en el tipo, sí habrá punibilidad de este como partícipe de la conducta del autor.[139] Así, por ejemplo, será punible aquella persona que además de entregar el beneficio al traficante de influencias, lo incentiva o ayuda a interceder ante el juez.

Ahora bien, este manual defiende que, aun cuando ambas teorías probablemente partan de fundamentos penales teóricos distintos, no parecen ser opuestas.

En efecto, toda conducta (sea de autoría o de participación) para ser penalmente relevante debe ser imputable objetivamente; es decir, tiene que crear un riesgo prohibido para el bien jurídico.[140] En este sentido, se debe entender que cuando los autores hablan de un "aporte mínimo necesario" hacen referencia a que estos no generan un riesgo prohibido para el bien jurídico, sino que se enmarcan dentro del "riesgo permitido". La conducta aquí sería atípica ya que no es objetivamente imputable. En cambio, si el aporte (como cómplice o instigador) del interviniente supone la creación de un riesgo prohibido sí será punible la conducta de dicho interviniente.

## 2.5 La autoría y participación: El problema de la intervención del particular

¿Un ciudadano que no es funcionario público puede ser sancionado penalmente por un delito funcionarial?

Conforme se señala en el punto 2.3 del presente manual, los delitos especiales exigen una cualidad especial en el autor y una posición especial con respecto al bien jurídico protegido. De esta manera, en la doctrina penal, se reconocen dos vertientes teóricas para solucionar la intervención del particular en esta clase de delitos:

- Las teorías de la impunidad
- Las teorías de la responsabilidad

### 2.5.1 Las teorías de la impunidad

Uno de los máximos representantes de esta teoría es Robles Planas, quien sostiene que el *extraneus* (extraño o ajeno) nunca podrá responder penalmente por un delito especial, dado que su responsabilidad penal es una autónoma o principal, no derivada de la responsabilidad del autor del

137 El mayor representante de esta tesis es el Prof. alemán Jakobs. Ibídem.

138 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 86.

139 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 80 y MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 233.

140 Sobre la imputación objetiva de la conducta ver: MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 254.

delito especial.[141] En otras palabras, esta teoría plantea que la responsabilidad del *extraneus* no es accesoria a la del autor del delito, ya que de acuerdo con el principio de la accesoriedad "positiva" o "principal" de la participación criminal la sanción de los partícipes (inductores y cómplices), se fundamenta en la conducta del partícipe con el propio hecho delictivo y no en la relación de dependencia de la conducta del partícipe con la del autor.[142] Por lo tanto, al ser los delitos especiales –como los delitos funcionariales– delitos en los que el círculo de posibles autores se encontraría limitado a aquellos sujetos sobre los que recaería un determinado deber jurídico especial, solo ellos podrían responder penalmente, pues los *extraneus* no incumplirían ningún deber especial.[143] La conducta del *extraneus* sería, por tanto, penalmente irrelevante.

Las acertadas críticas a esta teoría son, básicamente, dos:

- La tesis de la accesoriedad "positiva", que plantea Robles Planas para sostener que el partícipe de un delito siempre responde por una conducta autónoma e independiente a la del autor, conlleva a no diferenciar entre autores y partícipes delictivos; es decir, propone un sistema único de intervención delictiva.[144] Este planteamiento, evidentemente, resulta inconstitucional por desproporcional, pero además es contradictorio con nuestro sistema normativo, puesto que el Código Penal peruano, en sus artículos 23°, 24° y 25°, recoge explícitamente el sistema diferenciador que distingue entre autores y partícipes de un delito.

- Al igual que la doctrina penal mayoritaria, este manual apuesta por considerar que el partícipe de un delito debe responder por su propia conducta delictiva, pues el principio de "responsabilidad por el propio hecho" del Derecho Penal así lo exige.[145] Sin embargo, la responsabilidad del partícipe del delito nunca es "autónoma". Este responde por su propia conducta delictiva, que siempre es complementaria a la del autor (sin autor del delito no hay partícipe del delito). Conforme lo establece la "teoría del favorecimiento", el fundamento de la sanción penal del partícipe se encuentra en el favorecimiento de la lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico por parte del autor.[146]

En este sentido, la opinión de Rueda Martín acierta cuando afirma que al *extraneus* no se le imputa una conducta delictiva ajena, sino una propia. Los delitos especiales de corrupción pretenden proteger el correcto funcionamiento de la administración pública frente a toda clase de ataques en su contra, de manera que al *extraneus* también le incumbe la prohibición penal,[147] ya que este también puede defraudar las expectativas garantizadas por los delitos de infracción del deber.

### 2.5.2 Las teorías de la responsabilidad

Las teorías de la responsabilidad, defendidas por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria española,[148] sostienen que el *extraneus* que participa en la comisión de un delito especial debe también responder penalmente. Dentro de esta corriente de pensamiento se han reconocido, principalmente, dos tesis:

- **La tesis de la infracción de deber:** Esta pretende explicar la responsabilidad del *extraneus* a partir de su contribución al quebrantamiento de deberes especiales o a la defraudación de expectativas positivas de actuación por parte del *intraneus*. Plantea dos posturas internas:

141 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo citado por GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 401.

142 Ibídem.

143 Ibídem. p. 402.

144 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 413.

145 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 132.

146 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. cit. pp. 737 y 738.

147 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 97.

148 Así lo afirma GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 433.

- **La postura de Roxin:** El partícipe de un delito de infracción del deber (delito especial) también debe responder penalmente, dado que contribuye a la infracción de un deber especial del autor.[149] La participación se caracterizaría por ser una "cooperación sin infracción de deber".[150]
- **La postura de Jakobs:** El partícipe de un delito especial puede ser sancionado en virtud de la prohibición ampliada por la regulación de la participación en la Parte General del Código Penal.[151] En los delitos especiales, el partícipe, con su contribución al hecho delictivo, también defrauda expectativas positivas acerca del correcto accionar de los funcionarios públicos, por lo que estos merecen, igualmente, ser sancionados.[152]

- **La tesis de la vulnerabilidad del bien jurídico:** Según esta tesis, el *extraneus* responde penalmente por un delito especial cometido por el *intraneus* a título de autor, ya que, aunque este es un sujeto que formalmente no pertenece a la esfera de posibles autores (por ejemplo, no tiene la cualidad especial de funcionario público), contribuye de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en situación de vulnerabilidad respecto del *intraneus*.[153] Según Rueda Martín, el ámbito de protección del delito especial abarca todos los ataques al bien jurídico, tanto de ataques de un autor *intraneus* (ataque directo) como de ataques de un partícipe *extraneus* (ataque accesorio).[154]

  Esta es la tesis defendida en este manual para explicar el fundamento de los delitos especiales.

En efecto, no existe obstáculo alguno para que en los delitos especiales –al igual que en cualquier otro delito– se utilicen las reglas generales de la participación (artículos 24° y 25° CP) para ampliar la sanción de los tipos penales contra aquellos que determinan o contribuyen a que el autor cometa el delito.[155] Es decir, el *extraneus* quebranta un tipo penal ampliado por las reglas generales de la participación, pues, en principio, los tipos penales de la parte especial del Código Penal solo están pensados para las conductas de los autores El fundamento legal de la punición del *extraneus* es el mismo que el de la punición del partícipe de un homicidio o robo.

La punición del *extraneus* ha sido recogida por el Acuerdo 1° del Tema N° 5 del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004, el cual establece que la sanción del partícipe es siempre, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial), accesoria a la punición del autor.

Del mismo modo, en el fundamento 11° del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del 6 de diciembre de 2011, se estableció que el *extraneus*, aun cuando no puede responder como autor del delito especial, pues no tiene la obligación especial del *intraneus*, sí puede responder penalmente como partícipe (cómplice o inductor)

149 Cfr. ROXIN, Claus. Op. cit. pp. 401 y 402.

150 Ibíd. p. 401.

151 Cfr. JAKOBS, Günther. Op. cit. p. 797.

152 Ibídem.

153 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 93.

154 Ibídem.

155 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 401.

## 2.6 El título de imputación de la intervención del particular

En el apartado anterior se ha analizado la posibilidad de sancionar penalmente al particular *extraneus* que interviene en un delito especial; sin embargo, no se ha resuelto la problemática que plantea determinar el título de la imputación bajo el cual responderá dicho *extraneus*. Es decir, falta ahora resolver si el *extraneus* que interviene en el delito especial responde como partícipe (cómplice o instigador) del delito especial o como partícipe de un delito común distinto.

En la doctrina y jurisprudencia penal se han reconocido, principalmente, vertientes teóricas sobre el título de imputación del *extraneus*:

- Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación
- Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación
- Las teorías mixtas

### 2.6.1 Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación

Según esta teoría el *extraneus* que interviene en un delito especial debe responder como partícipe de un delito común distinto al cometido por el autor *intraneus*, dado que los delitos especiales solo están dirigidos a estos últimos y no a los primeros.[156] En estos casos, el *extraneus*, si la legislación penal lo permite, responderá por el delito subyacente al delito especial (por ejemplo, si el *intraneus* comete el delito de peculado, el *extraneus* responderá por el delito de hurto o de apropiación ilícita).[157]

Esta teoría se fundamenta, principalmente, en lo establecido por artículo 26° CP.[158] Según sus partidarios, este dispositivo legal establecería, expresamente, que el *extraneus* nunca puede responder penalmente por un delito que se fundamenta en una cualidad especial del autor, como sucede con los delitos especiales.[159]

A esta teoría, acertadamente, se le han realizado cuatro críticas contundentes:

- Los delitos especiales no son un tipo simplemente agravado de los delitos comunes, sino que son autónomos con un fundamento punitivo propio[160], como lo es la especial vulnerabilidad del bien jurídico respecto del *intraneus*.[161]
- Esta teoría viola el principio de "accesoriedad limitada" de la participación delictiva.[162] La teoría de la ruptura o individualizadora es inviable, ya que propone sancionar al partícipe por un delito que no ha sido cometido por el autor. Es decir, con esta teoría se quiere sancionar a una persona por su participación en un delito que nadie ha cometido. Debe quedar claro que sin autor del delito no hay partícipe del delito. En el ejemplo que poníamos anteriormente del peculado, no puede sancionarse al *extraneus* como partícipe del delito de hurto o apropiación ilícita, pues no hay autor de los mismos. El *intraneus* es autor del delito de peculado y no de aquellos otros.

156 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción de deber". *Revista Penal*, N° 14, 2004, p. 5.

157 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "Participación en delitos especiales". En: *El Derecho Penal contemporáneo*. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. (Alonso R. Peña Cabrera Freyre, Efraín Montes Flores y Miguel Sánchez Mercado (coordinadores). Lima: Ara, 2006, p. 760.

158 "Artículo 26.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible."

159 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Loc. cit.

160 Al respecto ver lo sostenido en el punto 2.3.

161 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 465.

162 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 5 y 6. Como mencionábamos supra la conducta delictiva del partícipe no es autónoma, sino que siempre depende de la existencia de una conducta delictiva de un autor.

- El artículo 26° del Código Penal referente regula la incomunicabilidad de circunstancias a efectos de fijar el marco penal para quienes intervienen en la comisión de un delito que contenga elementos personales.[163] En este sentido, este artículo no permite determinar bajo qué tipo penal responderá el partícipe *extraneus* en un delito especial. El artículo 26° no puede ser utilizado para determinar el tipo penal que se le aplicará al partícipe *extraneus*. Esto quedará detallado más adelante en el análisis de la teoría mixta.

- Esta teoría genera un efecto político-criminal negativo, ya que en aquellos delitos especiales tradicionalmente denominados "propios", la participación del *extraneus* sería siempre impune pues no habría un tipo penal común subyacente por el cual pudiera sancionársele.[164]

Ahora bien, cabe notar que, dentro de esta vertiente teórica, existe una posición ecléctica que soluciona la problemática del título de la imputación del *extraneus*, tanto si se trata de delitos especiales propios o impropios. Así, Pérez Alonso sostiene que si estamos ante delitos especiales impropios, al *extraneus* se le aplicará el tipo penal común subyacente al delito especial (el tipo penal de hurto o de la apropiación ilícita, pero no el de peculado), mientras que, si estamos ante delitos especiales propios, se recurrirá, excepcionalmente, a la "unidad del título de la imputación" para sancionar al *extraneus* como partícipe del delito especial.[165]

Aunque esta teoría supera el problema de la laguna de punibilidad para el *extraneus* que interviene en delitos especiales propios, no podemos compartirla, dado que, como sostuvimos en el punto 2.3, la tradicional división entre delitos especiales propios e impropios es, a nuestro juicio, errónea.

### 2.6.2 Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación

En la actualidad, esta es la teoría dominante en la doctrina penal peruana[166] y comparada.[167] Según esta, el partícipe *extraneus* que interviene en un delito especial deberá ser sancionado como partícipe de ese delito especial. Esto es, tanto *intraneus* como *extraneus* responden por el mismo delito especial. Dentro de esta corriente de pensamiento se identifican, básicamente, dos teorías:

- **La teoría de la infracción de deber:** En todos los delitos especiales el *intraneus* sería autor del delito, pues habría infringido dolosamente su deber especial, mientras que los *extraneus* que colaboren con dicho incumplimiento serán partícipes del mismo.[168] Aquí no interesa que el delito especial sea propio o impropio; el partícipe *extraneus* siempre responderá por el mismo delito que el autor. El máximo exponente de esta teoría es Roxin, quien sostiene que cuando el *intraneus* solo coopera o induce al *extraneus* en la comisión de un delito especial (caso del "instrumento doloso no cualificado"), no habría mayor problema en sancionar como autor mediato al *intraneus* y al *extraneus* como simple partícipe del mismo.[169] Aquí aunque el *extraneus* sea la persona que tiene el "dominio del hecho", el *intraneus* es el autor del delito especial, pues este es el que infringe su deber especial.

- **La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico:** Esta sostiene que el *extraneus* será sancionado como partícipe de un delito especial, en tanto que él llega a tomar parte en un hecho más grave

163 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. Op. cit. p. 768.

164 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 6.

165 Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban. "La autoría y la participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal". En: *Dogmática actual de la autoría y la participación*. Nelson Salazar Sánchez (coordinador). Lima: IDEMSA, 2007, pp. 502 y 503.

166 Así lo afirma VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit. p. 505.

167 Así lo afirma ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Loc. cit.

168 Cfr. ROXIN, Claus. Op. cit. pp. 401 y 402.

169 Ibídem. p. 394.

que un delito común, con el conocimiento, además, de que al funcionario *extraneus* le resultará más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura institucional.[170]

> Este manual aboga por la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico dado que es la que se ajusta de mejor manera al esquema teórico planteado sobre el fundamento de todos los delitos especiales. Esta teoría respeta el principio básico de "accesoriedad limitada" de la participación criminal y no deja espacios de impunidad para la sanción del *extraneus*.[171]
>
> Además, en ella se interpreta correctamente el artículo 26° del Código Penal, toda vez que no utiliza este dispositivo para determinar el tipo penal por el cual responderá el *extraneus*, sino solo para determinar el marco penal abstracto (penalidad) por el que responderá el *extraneus*. Según esta teoría, el *extraneus* responderá penalmente como partícipe del delito especial pero con una pena atenuada, dentro del marco penal abstracto del delito.

### 2.6.3 Las teorías mixtas

Ahora bien, una de las críticas que han recaído sobre la teoría de la unidad del título de la imputación es que la pena abstracta aplicable al *extraneus* sería desproporcional, por ser la misma que la del *intraneus* en los delitos especiales. Por ello, se ha formulado una teoría mixta que, siendo todavía una teoría de la unidad del título de la imputación, propone aplicar una ruptura en la penalidad (marco penal) del *extraneus* e *intraneus*.

El fundamento normativo de esta teoría se encuentra, nuevamente, en el artículo 26° del Código Penal.[172] Sostiene que el término "responsabilidad" está referido, únicamente, a la "culpabilidad" del sujeto.

Los partidarios de esta teoría apuestan por realizar una "ruptura formal" del título de imputación (solo para efectos de determinar la penalidad) a través del entendimiento de que, en los sujetos especiales (por ejemplo, los funcionarios públicos), la cualidad especial en realidad no estaría relacionada con el injusto (tipicidad y antijuridicidad de la conducta), sino con la culpabilidad del agente. Por tanto, al ser la culpabilidad siempre personal, es incomunicable a los *extraneus* conforme al artículo 26°.[173]

Una vez sentado que el artículo 26° solo se refiere a las cualidades que afectan la "culpabilidad" del agente, los partidarios de esta teoría sostienen que, en tanto la culpabilidad del agente incide en la determinación del *quantum* de la pena[174], en los delitos especiales se debe diferenciar la pena que le corresponde al *intraneus* de la del *extraneus*. Al tener el *intraneus* una cualidad especial personal que no tiene el *extraneus*, a este le corresponde una pena menos grave.[175]

170 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. "Reflexiones sobre la participación de los extraños en los delitos contra la administración pública en el Código Penal español". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 8, 2001, p. 160 y ss; y GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 465.

171 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 84 y ss.

172 Así lo afirma PARIONA ARANA, Raúl. Op. cit. p. 767.

173 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 17.

174 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 713 y ss.

175 Esta opinión también es compartida por RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Op. cit. pp. 122 y 123.

De esta manera, cuando se está frente a un denominado delito especial impropio, deberá sancionarse al *extraneus* con una pena dentro del marco de la pena abstracta establecida para el delito común subyacente[176] (el *extraneus*, por ejemplo, será sancionado como cómplice del delito de peculado, pero se le aplicará una pena dentro del marco penal abstracto del delito de hurto o apropiación ilícita), mientras que ante un delito especial propio, solo se le atenuará la pena establecida en el delito especial.

176 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 17.

CAPÍTULO 3

# Las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública

## 3.1 Los tipos de pena

La pena consiste en "la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal".[177] En este sentido, la pena es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito.[178]

A continuación se analizarán las distintas clasificaciones de las penas y su aplicación en los delitos de corrupción.

### 3.1.1 Clasificación

La legislación penal vigente, la doctrina e incluso la normativa internacional muestran que las penas son posibles de clasificar conforme a distintos criterios. Dentro de estos diversos puntos de vista, conviene subrayar las siguientes clasificaciones:

- **Por su naturaleza o por razón del derecho afectado:** Las penas pueden ser penas privativas de libertad, no privativas de libertad (o de restricción de otros derechos) y las pecuniarias.

- **Por autonomía:** Las penas pueden ser principales o accesorias.
  - Penas principales: Son aquellas que están previstas de modo específico para el concreto delito previsto en la Parte Especial del Código Penal[179] (sea en el propio tipo penal sea al final de un capítulo de la parte especial). En razón de ello, el juez tiene la obligación de imponerla de modo directo como sanción del delito.[180]

**EJEMPLO: PENA PRINCIPAL**

Un sujeto "A" le ofrece dinero a un juez a cambio de que este lo favorezca en un proceso civil que es de su conocimiento.

"Artículo 398.- Cohecho activo específico: El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, y 4 del artículo 36° del Código Penal".

177 Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias Jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 18.

178 Cfr. Sentencia emitida el 24 de enero de 2005 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. R.N 3374-2003, La Libertad. Fundamento 6°.

179 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. "El sistema de penas en el Código penal español". En: Luis Gracia Martín (coordinador). *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 45.

180 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación Judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*. Lima: IDEMSA, 2010, p. 44.

En este supuesto son dos las penas principales; la pena privativa de libertad y la de inhabilitación. No puede dejar de considerarse que el legislador, erróneamente, ha llamado pena accesoria a la inhabilitación del artículo 398°, porque la ubicación sistemática de la sanción penal (Parte Especial del Código Penal) obliga a su imposición directa.[181]

- Penas accesorias: Son aquellas que no pueden ser directamente impuestas, toda vez que no están previstas de forma expresa para el delito específico en la Parte Especial del Código Penal. En este sentido, el juez deberá recurrir a los criterios de la Parte General (art. 39 CP) para aplicar, de forma indirecta, estas medidas. En otras palabras, la pena accesoria no está prescrita obligatoriamente en el precepto de la parte especial, sino que esta es aplicada por decisión judicial según los criterios de la parte general. Ahora bien, esto solo podrá hacerse cuando el Ministerio Público solicite la aplicación de dicha pena, ya que lo contrario supondría una vulneración al principio acusatorio.[182]

**EJEMPLO: PENA ACCESORIA**

Un Presidente de la República X, abusando de su poder como funcionario público, ordena y dirige el asesinato de diversos ciudadanos acusados de terroristas.

"Artículo 108.- Homicidio Calificado - Asesinato

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

(…)

3. Con gran crueldad o alevosía;"

"Artículo 39.- La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal".

En este supuesto, la pena privativa de libertad es la principal y a la inhabilitación la accesoria.

- **Por su imposición:** Las penas pueden ser únicas, conjuntas y alternativas.
  - Las penas únicas serán aquellas que consisten en una única pena de determinada naturaleza.

**EJEMPLO: PENA ÚNICA**

"Artículo 106.- El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años".

181 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7°, segundo párrafo.

182 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 12°.

– Las penas conjuntas serán aquellas que están constituidas por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza.[183] En tal sentido, el juez deberá imponer todas las penas concurrentes.[184]

**EJEMPLO: PENAS CONJUNTAS**

"Artículo 388.- Peculado de uso

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 pertenecientes 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".

"Artículo 426.- Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2".

En este ejemplo, estamos frente a la acumulación de la pena privativa de libertad y la de inhabilitación. Nuevamente, el legislador denomina erróneamente como accesoria a la pena de inhabilitación.

– Finalmente, las penas alternativas son aquellas penas de distinta naturaleza que el legislador establece para un delito con el objeto de que el juez escoja solo una de ellas, excluyendo las demás.[185]

**EJEMPLO: PENAS ALTERNATIVAS**

"Artículo 388.- Patrocinio Ilegal

El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas".

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, conviene recordar que el ordenamiento jurídico penal peruano clasifica las penas por su naturaleza:

- Privativa de libertad: Temporal y permanente
- Restrictiva de libertad: Expatriación
- Limitativa de derechos: Inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres
- Multa
- Vigilancia electrónica personal[186]

A continuación analizaremos las penas con que se sancionan los delitos de corrupción.

183 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. Op.cit. p. 47.

184 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 46.

185 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit. p. 48.

186 Pena incorporada por la Ley 29499, del 18 de enero de 2010.

### 3.1.2 Pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad es definida como la "reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida".[187] El artículo 29° del Código Penal constituye dos clases de penas privativas de libertad:

- La pena privativa de libertad temporal (2 días – 35 años).
- La pena privativa de libertad de cadena perpetua[188] (indeterminada con una revisión periódica desde el cumplimiento de los 35 años de pena privativa de libertad, ello de acuerdo al artículo 4° del Decreto Legislativo 921). Ningún delito de corrupción está sancionado con cadena perpetua, por el contrario, la mayoría de estos delitos tiene como consecuencia la pena privativa de libertad temporal (excepto el delito de nombramiento aceptación ilegal que es sancionado solo con pena de multa).

### 3.1.3 Pena de multa

La multa es una pena patrimonial que consiste en el pago de una cantidad de dinero.[189] De esta forma, el menoscabo patrimonial es el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo al penado, como instrumento de prevención del delito.[190]

El Código Penal, de 1991, ha regulado la pena de multa en los artículos 41° al 44°. Se debe tener en cuenta que esta regulación impone que su naturaleza de pena principal,[191] es decir, la pena de multa debe estar contenida en un artículo de la parte especial para ser aplicada. En este sentido, la pena de multa es utilizada, en el caso de los delitos contra la administración pública, para los delitos de omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales; nombramiento o aceptación ilegal, cohecho pasivo ilegal, cohecho pasivo específico y cohecho activo específico en el supuesto de que el sujeto activo sea abogado o forme parte de un estudio de abogados. Es necesario recordar que la multa, a diferencia de la reparación civil, es una pena, de forma que no obedece a los criterios de responsabilidad civil extracontractual.

### 3.1.4 Pena de inhabilitación

La pena de inhabilitación consiste en "la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y la multa".[192] En esta línea, el artículo 36° del Código Penal regula la pena de inhabilitación. En el mismo sentido, el artículo 30.7 de la CNUC establece la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación.

**ARTÍCULO 30.7 DE LA CNUC**

"Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandato juridicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo de la presente Convención para:

a) Ejercer cargos públicos; y
b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado".

187 Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. cit. p. 47.

188 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 55.

189 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. "La pena de multa". En: Luis Gracias Martín (coordinador). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Op. cit. p. 166.

190 Cfr. Ídem. p. 167.

191 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 65.

192 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires; EDIAR, 2005, p. 727.

Ahora bien, este tipo de pena es, especialmente, importante por dos motivos:

- Evita que el funcionario corrupto continúe lesionando el buen funcionamiento de la administración pública;
- En algunos casos, este tipo de pena, se constituye en la más importante a imponer al funcionario público, en tanto que muchos de los delitos de corrupción pueden tener penas concretas de cuatro años (o menores), supuestos que permiten usualmente la suspensión de la ejecución de la pena.

En esta medida, como se verá a continuación, el juez tiene la obligación de imponer la pena de inhabilitación a los funcionarios corruptos.

### *3.1.4.1 Marco teórico*

La pena de inhabilitación, al momento de su imposición, cumple, esencialmente, un fin preventivo especial, en tanto que aparta al condenado de aquella situación o posición que puede ser instrumentalizada para seguir lesionando bienes jurídicos de terceros.[193]

**ACUERDO PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA N° 2-2008/ CJ-116**

"La pena debe estar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido podría valerse en el futuro para cometer el delito".[194]

Ahora bien, la Corte Suprema, a través del acuerdo plenario mencionado, ha identificado los supuestos bajo los cuales opera la inhabilitación:[195]

- El sujeto tiene una posición de poder o dominio, de la cual se vale para delinquir: Este supuesto presupone que el sujeto haya tenido acceso, previo a la comisión del delito, de una función que le permita tener un dominio sobre el bien jurídico.

**EJEMPLO**

La congresista MC se vale de su función para apropiarse de bienes del Estado que le fueron asignados para fines determinados. En tal sentido, es responsable del delito de peculado. El juez lo condena por dicho delito, y lo sanciona con una pena de inhabilitación principal (artículo.426°) de cinco años.

- El sujeto viola un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar: Este supuesto, a diferencia del anterior, no presupone que el sujeto haya accedido a alguna posición que le permita dominar el bien jurídico. Por el contrario, al momento de cometer el delito no tenía la función especial. A pesar de ello, el hecho cometido implica una violación de deberes y principios imprescindibles para el ejercicio de una función actual. Se hace evidente que el fin de esta pena es apartar al individuo de la función que le permite seguir lesionando bienes jurídicos. En todo caso, lo importante es que el derecho comprendido en la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido.[196]

193 Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2011, pp. 628-629.

194 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6°.

195 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6°.

196 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 8°, segundo párrafo.

**EJEMPLO**

La señora MC, que no ejerce ningún cargo público, ayuda a su padre, funcionario público, a enriquecerse ilícitamente. Luego, ella es elegida congresista de la República. El juez emite sentencia, condenando a MC por partícipe del delito de enriquecimiento ilícito, sancionándola con pena de inhabilitación principal (art.426°) de cuatro años, de forma que no puede seguir ejerciendo su cargo de congresista.

### *3.1.4.2 Inhabilitación en los delitos de corrupción*

El legislador peruano ha introducido, al final del título VIII del Libro Segundo del Código Penal (Delitos contra la administración pública), una norma específica sobre la pena de inhabilitación para todos los delitos de corrupción:

**ARTÍCULO 426° DEL CÓDIGO PENAL**

"Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36° inciso 1 y 2. (…)"

Esta es una técnica legislativa recurrente en el código penal, según la cual se dispone la pena de inhabilitación para toda una clase de delitos al final de un título de la parte especial del Código Penal.[197] En este sentido, debemos recordar que la ubicación sistemática y legal de la inhabilitación conminada, es el criterio que nos llevará a afirmar el carácter principal o accesorio de la pena.[198] De esta manera, no resulta relevante que el tipo legal diga que la pena de inhabilitación del artículo 426° es accesoria, en tanto que su ubicación en la parte especial nos obliga a reconocer su naturaleza de principal. Este razonamiento ha sido respaldado por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116.[199]

Lo anterior puede aceptarse más fácilmente si se pone atención en la redacción de la propia norma. No cabe duda de que la decisión del legislador de utilizar la palabra "además" en la redacción de la norma es reafirmar el carácter obligatorio de la pena. Ello quiere decir que el juez, al momento de imponer la sanción penal, no solo está obligado a aplicar directamente la pena contenida en el propio tipo penal (en la mayoría de los casos pena privativa de libertad), sino que también está obligado a aplicar de forma directa lo dicho por el artículo 426°. Ello revela la naturaleza principal de la pena de inhabilitación de los delitos de corrupción, en tanto que una pena accesoria no se aplica de forma directa.

No obstante, lo que ha sucedido es que el legislador ha confundido el concepto de pena "accesoria" con pena "conjunta". En esta medida, el artículo 426° contiene a la inhabilitación como una pena de naturaleza doble:[200]

197 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6°.

198 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7°, segundo párrafo.

199 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7°, segundo párrafo.

200 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 90. En este mismo sentido: Sentencia emitida el 24 de enero de 2005 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. R.N 3374-2003, La Libertad. Fundamento 8°.

- **Principal:** En tanto su ubicación sistémica y su aplicación directa. Como consecuencia, no será necesario que el Ministerio Público la solicite, ya que el juez está obligado legamente a aplicarla.
- **Conjunta:** En tanto que se acumula con la pena del tipo penal de delito (en su mayoría pena privativa de libertad). El juez no puede elegir, está obligado a aplicar ambas penas.

Pero los errores del legislador no se han limitado al uso de la palabra "accesoria". El artículo 426° del Código Penal señala, respecto a la duración de la pena de inhabilitación, "con igual tiempo de duración que la pena principal". ¿A qué está haciendo referencia con esto? Alguien podría pensar que se está nombrando a la pena principal contenida en el tipo penal. Como consecuencia de esto, las penas de inhabilitación tendrían, en casi todos los casos, una duración igual a la de pena privativa de libertad. A manera de ejemplo, un funcionario que es sancionado a quince años de pena privativa de libertad debiera ser sancionado también con una pena de inhabilitación por el mismo número de años.

¿Es esto posible? No, la Corte Suprema ha dejado claro[201] que no es posible que la pena accesoria sobrepase el límite establecido por el artículo 38° del Código Penal.[202] En esta medida, el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 dispone que, a la luz de una interpretación sistemática, "la inhabilitación accesoria no puede ser superior de cinco años".

Más allá de esto, no tiene sentido que la duración máxima de la pena de inhabilitación se configure a partir de la pena privativa de libertad, ya que en el Código Penal vigente existe un delito de corrupción cuyo tipo penal no contiene este tipo de sanción: El delito de nombramiento o aceptación ilegal, sancionado con pena de multa. ¿Cómo se debería entonces delimitar la duración de la inhabilitación en un caso de nombramiento indebido? ¿Acaso con la cantidad de los días-multa? Parece sensato y coherente decir que no,[203] en tanto que es imposible determinar la duración de la pena de inhabilitación con una pena de naturaleza tan distinta como la pena de multa.

En este sentido, cuando el legislador utiliza las palabras "pena principal" no se está refiriendo a la pena contenida en el tipo penal concreto, sino que hace mención a la pena de inhabilitación principal. En síntesis, el artículo 426° nos dirige a lo estipulado en el artículo 38°, estableciendo como plazo mínimo de duración seis meses y como plazo máximo cinco años.[204] El juez deberá imponer la pena de inhabilitación dentro de ese margen, de acuerdo a la gravedad del ilícito y a la culpabilidad del autor.

Finalmente, el artículo 426° hace referencia a dos modalidades de inhabilitación contenidas en el artículo 36° de nuestro Código Penal:

**ARTÍCULO 36° DEL CÓDIGO PENAL – INHABILITACIÓN**

"La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (…)"

201 Sentencia emitida el 19 de abril de 2005 por la Corte Suprema de justicia. Recurso de Nulidad 384-2005: La Libertad. Fundamento 4°.

202 "Artículo 38.- La inhabilitación principal se extiende de seis meses a cinco años (…)".

203 YSHI MEZA, Luis. "Análisis de las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública". Ponencia presentada en el taller de capacitación en Delitos contra la Administración Pública organizado por el Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP, el 28 de abril de 2012. Lima: 2012.

204 Ibídem.

Dicha norma penal, contiene dos formas de inhabilitación:

- **La inhabilitación del inciso 1**, tiene como consecuencia la pérdida de la función, cargo o comisión que el sujeto haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuera con posterioridad al delito.[205] Esto se fundamenta en lo ya expuesto sobre el fin de la inhabilitación, en tanto esta busca evitar la lesión del deber jurídico a través del cargo o función.
- **La inhabilitación del inciso 2**, tiene como consecuencia que el sujeto quede interdicto para adquirir cargo, mando, empleo, o comisión pública futura.[206]

#### *3.1.4.3 Ejecución de la pena de inhabilitación*

Hemos visto que la pena de inhabilitación en los delitos de corrupción es de naturaleza conjunta. Como consecuencia de esto, el término de la inhabilitación corre paralelamente a las otras penas principales (privativa de libertad o multa) y se computa a partir de la fecha de la sentencia.[207]

Sin embargo, el Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116, a partir de las normas del Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 2004, ha reconocido que la ejecución de la pena de inhabilitación responde a dos sistemas diferentes:

- **Sistema de Ejecución Provisional:** Estipulado para el Código de Procedimientos Penales, que en su artículo 330° admite la ejecución inmediata para todas las penas (incluyendo a las inhabilitación), esto es, desde la sentencia de primera instancia.
- **Sistema de Ejecución Suspensiva:** Estipulada para el Código Procesal Penal, que en su artículo 402.1, establece como la regla específica que las penas de multa y limitativas de derecho (dentro de las cuales se encuentra la inhabilitación) se rigen bajo dicho sistema. La pena de inhabilitación se ejecutará solo ante una sentencia firme.

### 3.1.5 Pena de prestación de servicios a la comunidad

La pena de prestación de servicios es una "pena, autónoma o de sustitución, consistente en la realización "obligatoria" por parte del condenado de trabajos gratuitos a favor de instituciones estatales o privadas de utilidad pública".[208] En el caso de los delitos de corrupción, está prevista como medida alternativa de la pena privativa de libertad para el patrocinio ilegal y el peculado culposo.

## 3.2 La prescripción

La prescripción de la acción penal se puede definir como el transcurso del tiempo que extingue la potestad del Estado para perseguir el delito.[209] En esta medida, el Estado pierde la facultad de ejercitar en un caso concreto; el ius puniendi.

Ahora bien, el artículo 29 de la CNUC establece la posibilidad de que los estados apliquen plazos de prescripción amplios a los delitos de corrupción.

---

205 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. Op. cit. p. 728. Sobre la pena de inhabilitación del artículo 19° inciso 1 del Código Penal argentino, el cual habla de la privación de empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de cargo público, supuesto homologable al inciso 1 del artículo 36° del Código Penal peruano.

206 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. Ibídem. Sobre la pena de inhabilitación del artículo 19° inciso 3° del Código Penal argentino, el cual habla de la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, supuesto homologable al inciso 2 del artículo 36° del Código Penal peruano.

207 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 9°.

208 Cfr. HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Lima: Grijley, 2011, p. 282.

209 Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116. Voto Singular de los señores San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo respecto al artículo 46° A CP y de la prescripción de la acción penal. Fundamento 2°.

**ARTÍCULO 29° DE LA CNUC**

"Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia".

Esta posibilidad, en el caso peruano, se traduce en dos grupos de reglas.[210]

- **Reglas Generales:** De acuerdo al artículo 80° del Código Penal, existen dos clases de prescripción:
  - **Prescripción ordinaria:** Los delitos de corrupción prescribirían en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (pena abstracta). En este punto, es importante recordar el artículo 46.A[211] del Código Penal (que extiende el marco de la pena abstracta hasta por un tercio por encima del máximo legal siempre que no supere los 35 años[212]) no es aplicable a los delitos de corrupción, en tanto que en estos el desvalor de la acción (el abuso de la función pública) ha sido incorporado ya en la parte especial.[213] En esta medida, la prescripción ordinaria emplearía solo la pena abstracta contenida en el artículo concreto de la parte especial.
  - **Prescripción extraordinaria:** Si existe ya proceso penal[214] (interrupción de Ministerio Público o autoridades judiciales), la prescripción de la acción penal se produciría cuando el tiempo transcurrido supere en un 50% el plazo ordinario de prescripción. Esta medida busca evitar que de manera reiterada se tenga que volver a contar el plazo de prescripción.

- **Regla Especial:** el artículo 41° de la Constitución señala que "el plazo de prescripción se duplica en casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos". Esta norma constitucional ha sido materializada en el artículo 80° del Código Penal, donde establece un plazo especial de prescripción –el doble de los plazos establecidos en las reglas generales– para los casos de delitos de corrupción contra el patrimonio del Estado cometidos por funcionarios públicos. El legislador ha otorgado un mayor tiempo para la persecución del hecho punible, ya que el delito no solo representa un atentado contra el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que implica una afectación a la seguridad de los bienes del Estado o que son administrados por él.[215]

210 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?" En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Yvan Montoya Vivanco (editor). Lima: IDEHPUCP, 2012, pp. 19-23.

211 "Artículo 46-A.- Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. En estos casos el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible".

212 Cfr. Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116. Voto Singular de los señores San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo respecto del artículo 46° A CP y de la prescripción de la acción penal. Fundamento 3°.

213 MEINI, Iván. "Temas de autoría y participación en los delitos contra la administración pública". En: Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP. *Boletín mensual*. Revisado el 25/03/13. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/julio_2012_n01415.pdf

214 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007, p.111.

215 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 12°.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 ha complementando lo estipulado en el artículo 41° del Código Penal. De esta manera, la Corte Suprema de Justicia ha exigido el concurso de tres presupuestos para la duplicidad de la prescripción:[216]

- Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito y el patrimonio: con ello la prescripción solo operará frente a los funcionarios públicos *intraneus* que cometen un delito de corrupción que afecte el patrimonio estatal.
- Que el vínculo, antes comentado, entre el patrimonio del Estado y el funcionario público implique que este puede ejercer actos de administración, percepción o custodia sobres los bienes públicos: Dentro de estos bienes (muebles o inmuebles con valor económico) están los que son propiedad exclusiva del Estado, los que son propiedad de sociedades de economía mixta y los que, a pesar de ser propiedad privada, se encuentran en posesión del Estado. Ahora bien, volviendo al vínculo entre el funcionario y el patrimonio, se está hablando aquí de lo que la Corte Suprema ha llamado, anteriormente, competencia funcional específica, esto es, que el funcionario público, por razón de su cargo, tenga la disponibilidad jurídica que le permita la libre disposición de los bienes (no siendo necesaria una tenencia material directa).[217]
- Las funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes (competencia funcional específica) pueden ser atribuidas por orden administrativa. En esta medida, un funcionario, que originalmente no cuenta con facultades necesarias, puede recibir la competencia funcionarial específica a través de una disposición verbal.

Finalmente, debemos señalar que si bien, en la práctica, los delitos que comúnmente cumplen con estos requisitos son el delito de peculado y el de malversación de fondos,[218] es necesario analizar los casos concretos, toda vez que es posible que otro tipo de delitos de corrupción cumplan con estos requisitos como, por ejemplo, los supuestos de colusión agravada o negociación incompatible.[219]

**EJEMPLO**

Un funcionario público "S", por orden administrativa, interviene en un contrato con una empresa de seguridad privada. Este considera que, en el futuro, la empresa lo podría beneficiar, así que dispone en el contrato que se le pague a la empresa de seguridad un monto mucho mayor al debido.

1. Este es un caso de negociación incompatible donde se producen los tres requisitos que la Corte Suprema ha exigido: "S" es funcionario público (*intraneus*),
2. S tiene una competencia funcionarial específica –administra el dinero que le será entregado a la empresa de seguridad en razón del contrato–,
3. Existe una orden administrativa que le permite dichas funciones); en esta medida, el plazo doble de prescripción deberá operar.

## 3.3 Las medidas alternativas a la pena privativa de libertad contempladas en el código penal peruano

Las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, también denominadas "subrogados penales" o "sustitutivos penales" son aquellas cuya finalidad es evitar que el procesado vaya a un centro carcelario a cumplir una condena por un breve periodo de tiempo.

216 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 15°.

217 Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116. Fundamento 6°.

218 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. Op. cit. p. 22.

219 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 14°.

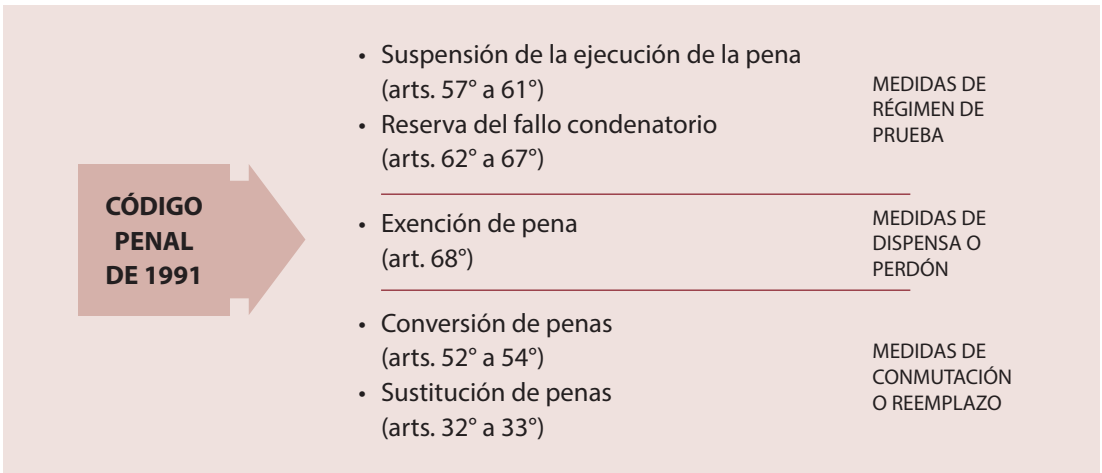
Estas medidas se explican en el contexto de una política criminal despenalizadora, atendiendo al principio de que el Derecho Penal debe ser fragmentario. Asimismo, estas parten del efecto desocializador de los centros penitenciarios y, en consecuencia, el deber de evitar la aplicación de penas privativas de libertad cuando estas no sean absolutamente necesarias.[220] Por tanto, dentro de las principales razones que validan la aplicación de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad encontramos:

- Los centros penitenciarios no han tenido efectos resocializadores sobre los reclusos
- La aplicación de una medida distinta a la pena efectiva solo sería para delitos que no afectan gravemente a bienes jurídicos, es decir, no tan graves o que solo signifiquen una infracción leve
- Mediante la aplicación de medidas alternativas a la pena efectiva se estaría evitando el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria

Cabe aclarar que, todos estos efectos, se producirían aun tratándose de encarcelamientos breves. Por ello, actualmente se plantea la "diversificación", es decir, la introducción de mecanismos y otras medidas sociales alternativas a la privación de libertad para periodos de corta duración. Las siguientes sanciones alternativas también tendrían un carácter resocializador:

- La compensación entre autor y víctima
- Los trabajos comunitarios
- La suspensión de la ejecución de la pena

Concretamente, en el Código Penal peruano se encuentran recogidas las siguientes medidas alternativas:




## 3.3.1 La suspensión de la ejecución de la pena

Mediante la aplicación de esta medida alternativa se suspende la ejecución efectiva de la pena privativa libertad impuesta en la sentencia condenatoria. En ese sentido, lo único que se deja en suspenso es la ejecución efectiva de la pena, pero no se afectan ni se suspenden los efectos accesorios e indemnizatorios de la condena.[221] De este modo, el sentenciado no es recluido en un centro carcelario sino que queda en libertad pero sometido a ciertas reglas de conducta que son obligatorias según el artículo 58° del Código Penal, y que quedarán debidamente precisadas en la sentencia.

220 SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Madrid: Editorial Colex, 2000, p. 244.

221 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*. Lima: Cultural Cuzco S.A, 1992, p. 233.

Dicho régimen de conducta será de obligatorio cumplimiento por el plazo fijado por la sentencia o, supletoriamente, por ley. Dicho lapso recibe el nombre de periodo de prueba y tiene como finalidad validar el pronóstico favorable de conducta futura que justificó la decisión judicial de suspender el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta.[222] Si dicho plazo transcurre sin vulnerar las reglas prescritas o sin que se haya cometido un nuevo delito doloso, la pena se tendrá por extinguida y la condena será suprimida de los registros judiciales correspondientes. De lo contrario, cabrá la posibilidad de aplicar medidas restrictivas más severas al condenado, siendo posible también revocar la suspensión, lo que originaría que la totalidad de la pena impuesta en la sentencia sea de obligatorio cumplimiento.

El plazo del periodo de prueba es fijado por el código y se encontrará en el rango de entre uno y tres años. La valoración del juez sobre la extensión idónea del régimen de prueba deberá quedar debidamente motivada y plasmada en la resolución correspondiente, teniendo en especial consideración el pronóstico favorable de conducta futura del condenado. Dichas reglas de conducta deberán guardar conexión con las circunstancias particulares del delito y con la personalidad del imputado.[223]

Cabe precisar que el pago de la reparación civil podría incluirse como regla de conducta, siendo necesario que especifique un plazo determinado para su cumplimiento. No obstante, el legislador podría restringir esta facultad cuando el condenado haya acreditado debidamente que se encuentra imposibilitado de cumplir con la obligación resarcitoria.[224] De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, esta exigencia no afecta el principio de prohibición de prisión por deudas, en tanto que la obligación de reparar los daños ocasionados por el delito es una condición de la ejecución de la sanción penal.[225]

Ahora bien, el Código Penal, en su artículo 57°, prescribe los siguientes requisitos para la aplicación de la medida en cuestión:

- **Que la pena privativa de libertad impuesta al condenado no sea superior a cuatro años.** Esta indicación no hace referencia al rango legal señalado en el tipo penal, sino a la pena conminada. Es decir, luego del proceso de determinación e individualización seguido por el juez, la condena no deberá ser mayor a cuatro años. De igual manera, los efectos suspensivos pueden comprender a penas de distinta naturaleza si estas han sido impuestas como penas accesorias.[226] Cabe recordar que este criterio no es aplicable a otras penas principales (que pueden aplicarse de manera conjunta), como es el caso de la inhabilitación en los delitos de corrupción.

- **Que el juez emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado.** En atención a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones personales del condenado, el órgano judicial deberá estimar que no cabe posibilidad de la comisión de un nuevo delito.

- **Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.** Este último requisito fue incorporado recientemente a través del Decreto Legislativo 982.[227] No obstante, este criterio ha sido cuestionado por parte de la doctrina nacional, por afirmar criterios propios de un derecho penal de autor.[228] Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional ha declarado constitucional este criterio,[229] cuya definición fue tratada ampliamente en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116.

222 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Lima: 2010, p. 250.

223 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit. p. 253.

224 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit. p. 254.

225 Sentencia emitida el 08 de julio de 2002 por el Tribunal Constitucional. Expediente 1428-2002-HC/TC. En el mismo sentido: Sentencia emitida el 10 de abril de 2002. Expediente 00382-2012-PHC/TC; sentencia emitida el 19 de octubre de 2012. Expediente 03657-2012-PHC/TC.

226 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit. p. 251.

227 Publicado el 22 de julio de 2007.

228 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit. p. 252.

229 Sentencia emitida el 14 de julio de 2010 por el Tribunal Constitucional. Expediente 0012-2008-PI/TC.

La suspensión de la ejecución de la pena es de aplicación facultativa para el juez. No obstante, dicha decisión debe ser debidamente motivada de ser concedida o denegada, teniendo en consideración, entre otros aspectos, la condición de primario del infractor, la escasa gravedad de la conducta delictiva cometida o su adecuado comportamiento procesal.[230] A efectos de estos criterios, la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUC),[231] en su artículo 30.5, señala que los estados deberán tener en cuenta la gravedad de los delitos cometidos al considerar la eventualidad de conceder libertad condicional o anticipada. De aquí se desprende que la aplicación de cualquier medida alternativa de la pena privativa de libertad debe ser de carácter residual o bastante excepcional, de modo que no se genere impunidad sobre la sanción de aquellos delitos que han significado un grave daño al patrimonio del Estado.

Finalmente, cabe indicar que, de incumplirse injustificadamente las reglas de conducta, se podría dar lugar a tres distintos tipos de sanciones en concordancia con el artículo 59° del Código Penal:

- **Amonestación del infractor.** Esta sanción de primer orden podrá materializarse en acto público y con concurrencia del condenado o a través de una notificación judicial.
- **Prórroga del plazo de prueba.** La prórroga podría extenderse hasta en una mitad del plazo fijado inicialmente en la sentencia. Es así que, en un supuesto límite, de haber tenido un plazo original de tres años, este podría llegar hasta los cuatro años y seis meses de producirse la prórroga.
- **Revocación de la suspensión.** El uso de esta medida es excepcional, al ser la sanción más severa. Según señala la doctrina su uso se dará después de haberse aplicado las dos sanciones precedentes.[232] Asimismo, se precisa que la aplicación de esta sanción deberá circunscribirse a la comisión de un nuevo delito doloso que merezca una nueva condena a pena privativa de libertad efectiva y no al simple incumplimiento de las reglas de conducta establecidas.[233]

De concluir el periodo de prueba sin que medie revocación de la suspensión, la condena se considerará como no pronunciada, en concordancia con el artículo 61° del código. No obstante, la doctrina señala que este efecto es incongruente con la propia naturaleza de la suspensión de la pena, debiendo la pena ser declarada, más bien, como extinguida (cumplida).[234]

### 3.3.2 La reserva del fallo condenatorio

La reserva del fallo condenatorio, como segunda medida de régimen de prueba, fue incorporada también en el Código Penal de 1991. Esta medida alternativa viene a ser una declaración formal de culpabilidad que se hace al imputado, pero que no llega a generar condena ni pena.[235] En ese sentido, los extremos del fallo condenatorio no son pronunciados por el juez, quien los reserva a condición de que el sentenciado observe el cumplimiento de determinadas reglas de conductas durante un período de prueba, de manera similar a como ocurre con la suspensión de la ejecución de la pena. Es así que, de concluir con éxito el periodo de prueba, el juzgamiento será dejado sin efecto. De ocurrir lo contrario, el juez podrá disponer la revocatoria del régimen de la reserva y, por consiguiente, pronunciar el fallo condenatorio que incluirá el señalamiento de la pena efectiva.

El artículo 62° del Código Penal prescribe que la reserva del fallo condenatorio procederá de concurrir los siguientes presupuestos:

230 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. 252.

231 Disponible en: http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion_onu_contra_la_corrupcion_2003.pdf

232 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 255.

233 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ibídem.

234 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 256.

235 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 258.

- Que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con pena de multa
- Que la pena a imponerse no supere las 90 jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres
- Que la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación

Es necesario señalar que la reserva del fallo condenatorio es aplicable aun en los casos donde la penalidad conminada para el delito cometido esté compuesta por penas conjuntas o alternativas (por ejemplo, la pena privativa de libertad e inhabilitación), siempre que estas sanciones no excedan los límites cuantitativos establecidos para cada tipo de pena.[236] Por otro lado, el término "pena a imponerse" se refiere a la posible pena que habría de merecer el autor del delito.[237]

Como ocurre en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, el pronóstico favorable de conducta futura también se vuelve necesario para determinar la reserva del fallo condenatorio. En ese sentido, esta expectativa debe quedar debidamente motivada en la sentencia.[238] De igual manera, en lo referente al periodo de prueba y a las reglas de conducta, estas mantendrán las mismas características de aquellas que rigen en la medida alternativa desarrollada en el acápite previo.

A partir del artículo 66° del Código Penal, se puede observar que existen criterios distintos en lo referido a la revocatoria de la reserva del fallo condenatorio en comparación con la medida previamente señalada. En el artículo en mención se regulan dos supuestos:

- **La revocatoria facultativa**, la cual se produciría cuando se imponga una pena mayor a tres años por la comisión de un nuevo delito doloso
- **La revocatoria obligatoria**, la cual se hará efectiva si el condenado comete un nuevo delito que tenga una pena conminada superior a los tres años

Como se puede apreciar, la distinción hecha por el legislador resulta confusa, en un principio por hablar de revocación del régimen de prueba y, posteriormente, porque no se precisa bien la distinción entre los criterios temporales para la aplicación de la revocación, lo cual, según la doctrina nacional, podría llevar a situaciones de inequidad y donde no se pueda aplicar debidamente dicha medida sancionadora.[239]

### 3.3.3 La exención de pena

Esta medida alternativa significa el pronunciamiento de una condena sin pena. En ese sentido, implica que se emita sentencia condenatoria pero que se exima al condenado de la pena que correspondería imponerle. Para la procedencia de la exención de pena se exigen dos requisitos:

- Que la pena privativa de libertad prevista para el delito no sea mayor de dos años o, en defecto, pena de multa o pena limitativa de derechos
- Que la culpabilidad del agente sea mínima

### 3.3.4 La conversión de penas

Esta medida alternativa ha de ser definida como la conmutación de la pena privativa de libertad que ha sido efectivamente impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza.[240] La conversión puede ser:

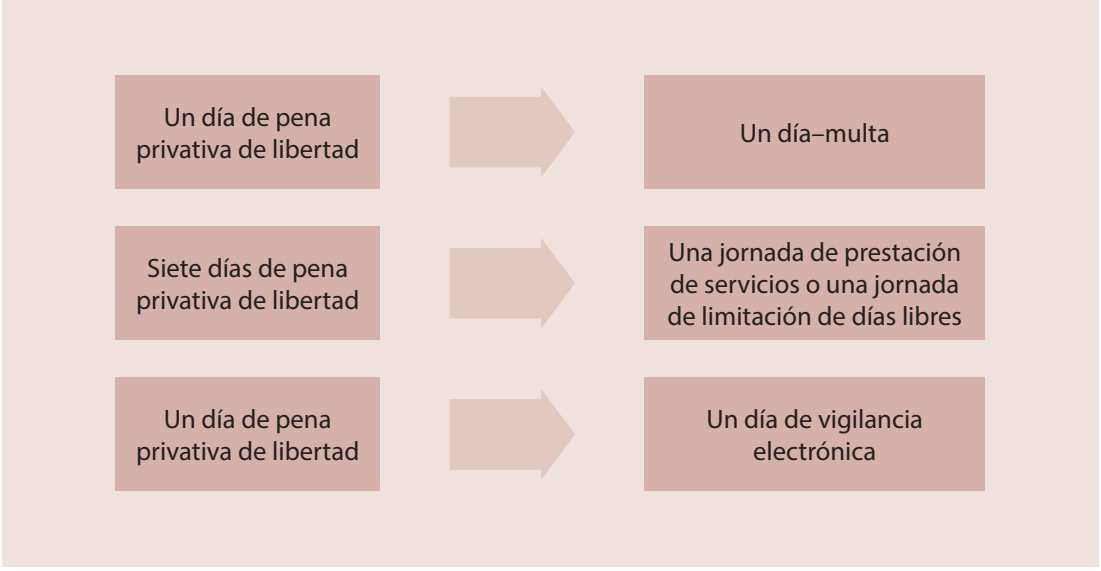
236 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 259.

237 HURTADO POZO, José. Op. cit. p. 244. Ver también: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op.cit. p.260.

238 PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima: Grijley, 1994, p. 550.

239 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 262.

240 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 241.




Para aplicar la conversión de penas deben concurrir los siguientes requisitos, establecidos en el artículo 52° del Código Penal:

- Que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva
- Que en el caso concreto no sea posible aplicar al sentenciado, medidas de suspensión de ejecución de la pena o de reserva de fallo condenatorio

### 3.3.5 La sustitución de penas

La sustitución de penas implica la conmutación, al momento de sentenciar, de la pena privativa de libertad, siendo sustituida por una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

## A manera de resumen

**CUADRO 1. RESUMEN[241]**

| TIPO DE MEDIDA ALTERNATIVA | EFECTOS | REQUISITOS | FUENTE NORMATIVA |
|---|---|---|---|
| Suspensión de la ejecución de la pena | • Se suspende la ejecución de la PPL[242]<br>• Se impone un régimen de prueba de uno a tres años<br>• Se fija una reparación civil<br>• Cumplido el periodo de prueba, se considera no pronunciada la sentencia | • PPL impuesta no superior a cuatro años<br>• Pronóstico favorable a la conducta futura del condenado | Arts. 57° al 61° del Código Penal |

241 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Medidas Alternativas a las penas privativas de Libertad*. En: http://es.scribd.com/doc/36554201/Medidas-Alternativas-a-Las-Penas-Privativas-de-Libertad. Consulta: 09/04/13.

242 Ibídem.

| TIPO DE MEDIDA ALTERNATIVA | EFECTOS | REQUISITOS | FUENTE NORMATIVA |
|---|---|---|---|
| Reserva del fallo condenatorio | • Se emite la sentencia pero se reserva la condena<br>• Se impone un periodo de prueba de uno a tres años<br>• Se fija una reparación civil<br>• Cumplido el periodo de prueba, el juzgamiento se considera como no producido y no se registran antecedentes penales | • La pena abstracta puede ser: multa; PPL no mayor de tres años; prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres no mayor a 90 jornadas; inhabilitación no mayor de dos años<br>• Pronóstico favorable a la conducta futura del condenado | Arts. 62° al 67° del Código Penal |
| Exención de pena | • Se emite sentencia condenatoria pero se exime de pena<br>• Se fija una reparación civil<br>• No se registran antecedentes penales | | Art. 68° del Código Penal |
| Conversión de la pena | • PPL se sustituye por una pena de multa, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres o vigilancia electrónica<br>• Se aplica una reparación civil | • PPL impuesta no superior a cuatro años<br>• No sea posible aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio | Arts. 52° al 54° del Código Penal |
| Sustitución de la pena | • PPL se sustituye por una pena de prestación de servicios a la comunidad o limitación días libres<br>• Se aplica una reparación civil | • Imposición de una PPL con carácter efectivo no superior a cuatro años | Arts. 32° y 33° del Código Penal |

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la CNUC ha mostrado una orientación, y vocación, enfocada a las penas privativas de libertad como sanción principal de los delitos de corrupción, de manera que las medidas alternativas deberán utilizarse de forma residual en este tipo de delitos.

**ARTÍCULO 30° DE LA CNUC**

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de estos delitos.

   (…)

5. Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.

## 3.4 La reparación civil como elemento integrante de la sentencia penal

La comisión de un ilícito penal no solo significa la lesión o puesta en peligro de alguna de las condiciones imprescindibles que aseguran la participación social del individuo (bienes jurídicos).

Con la realización de una conducta típica y antijurídica también nace la obligación de resarcir los daños, materiales o no, sufridos por la víctima. Dicho de otra forma, "la idea de que es preciso responder por el daño causado a otro (*neminem laedere*) es un postulado elemental en la teoría de la justicia y del Derecho, un axioma jurídico, y se encuentra en los estratos más profundos de la evolución que conduce a la noción moderna de la obligación".[243]

Incorporar la institución de la responsabilidad civil extracontractual como elemento de la sentencia penal representa un entendimiento correcto acerca de la íntima vinculación que existe entre ambos tipos de sanciones (penal y civil), a su vez, cumple la función de prever un marco jurídico integral acerca de las distintas obligaciones que la actividad delictiva produce en sus responsables.

### 3.4.1 La naturaleza jurídica

De acuerdo al artículo 28° del Código Penal existen cuatro tipos de pena:

- La que priva de libertad al condenado
- La que le restringe su libertad
- La que limita sus derechos
- La que le impone una multa

En sentido estricto, el legislador peruano no considera la reparación civil como un tipo de pena, aunque sí previó su simultánea imposición. El artículo 92° del Código Penal estipula que la reparación civil (y con ello, previamente, la responsabilidad) se determina junto con la pena. Lo mismo ocurre con el art. 399.4 del Código Procesal Penal,[244] donde se menciona que en la sentencia condenatoria se decidirá también sobre la reparación civil.

El hecho de que la resolución judicial acerca de la responsabilidad penal y la civil de un sentenciado[245] se sitúe en el marco de un mismo proceso se sustenta, como mínimo, en dos razones:

- **La primera es de carácter práctico o por economía procesal**, ya que reservando la determinación de la responsabilidad civil en manos del juez penal se evita, en la víctima, la necesidad de recurrir a más de un proceso judicial para ver completamente satisfechos los legítimos intereses surgidos al sufrir un daño.[246] Se evita, al mismo tiempo, tener que llevar a cabo de manera paralela un proceso civil y uno penal.
- **La segunda razón, que es sustancial o material**, tiene que ver con la función común que comparte con la responsabilidad civil. Ambas respuestas estatales (penal y civil) apuntan a mantener condiciones mínimas de convivencia pacífica, instrumentalizando un sistema de reglas sociales basado en la obligación general de no dañar (o de responder por el daño causado[247]). Lo cual se expresa en objetivos de regulación distintos:[248] el daño resarcible[249] y la culpabilidad del acusado.

243 GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de Derecho Civil y Foral*. Tomo II: Obligaciones y Contratos. Barcelona: Bosch, 2005, p. 901.

244 Al igual que lo estipulado en el artículo 285° del Código de Procedimientos Penales.

245 La sentencia dictada por un juez penal puede ser absolutoria o condenatoria, pero en ambas situaciones el procesado queda sentenciado (libre o en prisión).

246 LÓPEZ JACOISTE, José Javier. *La Responsabilidad Civil Extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 57 y ss 13.

247 LASARTE, Carlos. *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. 18ª edición. Madrid: Tecnos, 2012, p. 423.

248 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Las Consecuencias Jurídicas del delito en el Perú". Lima: *Gaceta Jurídica*, 2006, p. 277.

249 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLO BASOCO. Op. cit. p. 245. ALASTUEY DOBON, Carmen, Luis GRACIA MARTÍN y Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. 3ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 531 y ss.

La determinación de responsabilidad civil en el marco del proceso penal coadyuva en la función de la norma penal, que no es otra que la prevención[250] de conductas dañosas. Incluso ambas formas de sanción comparten, a su vez, algunos criterios semejantes de imputación formal de responsabilidad. Así, las disposiciones del Código Civil sobre la necesidad de un vínculo causal entre hecho generador y daño resarcible para fundar la existencia de responsabilidad civil presentan coincidencias con el presupuesto de la clásica tesis de la imputación objetiva en Derecho penal (con la salvedad de que antes que causal, el sistema penal es valorativo).

En este sentido, si la determinación de la responsabilidad civil encuentra cabida dentro del ordenamiento penal es porque la función del Derecho Penal "es también promover la convivencia pacífica con el menor coste de sufrimiento. Si el recurso a la pena se puede alcanzar gracias a la reparación (en los supuestos que el legislador lo permita), tanto mejor; y eso no será una perversión del derecho penal, sino, al contrario, algo coherente con su carácter de ‹‹extrema›› o ultima ratio".[251] Negar esta vinculación sería tanto como aceptar que el Código Penal actúa como un libro recopilador de distintos ordenamientos jurídicos, sin coherencia interpretativa interna. Esta posición resulta claramente incorrecta,[252] pues como se desprende del artículo 46.9 del Código Penal, se consigna que uno de los criterios para individualizar la pena es la "espontánea reparación que se hubiere hecho del daño".[253]

Dicho de otro modo, la institución jurídica de la responsabilidad civil sirve a efectos de graduar la respuesta penal ante la comisión de un delito, justamente por su vinculación valorativa respecto de los fines de la pena. Por lo demás, la búsqueda de una reparación integral de la víctima incorpora al resto de instituciones del sistema de prevención y control de la actividad criminal, como por ejemplo, el Ministerio Público y la Procuraduría Pública.

Adicionalmente a esta función principal de reparar a la víctima, podemos atribuir a la determinación de la responsabilidad civil, las siguientes funciones[254] indirectas:

- Reaccionar frente a un acto ilícito dañino
- Retornar al *status quo* de la víctima
- Reafirmar el poder sancionatorio del Estado
- Producir disuasión entre quienes, voluntariamente o no, puedan producir actos perjudiciales[255]
- Distribución de las pérdidas
- Asignación de costos

De acuerdo a lo expuesto, no debería resultar extraño que la responsabilidad civil prescriba en el mismo tiempo en que prescribe la oportunidad de juzgamiento de la conducta típica que la produjo (artículo 101° del Código Penal). Las reglas civiles de la responsabilidad extracontractual están reguladas en el art. 2001.4 del Código Civil y solo prevén dos años habilitantes para exigirla en los tribunales. Sin embargo, en el mismo artículo se deja en claro que la regla general se aplica salvo disposición distinta de la ley, como es el caso de la legislación penal.

250 El propio Código Penal, en el artículo I del Título Preliminar, norma que el objeto del código es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de su dignidad.

251 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil". En: AA.VV, *La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"*. Navarra: ARANZADI, 2002, p. 33.

252 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit. p. 24.

253 Al extremo que el no pago de la reparación civil puede ser causal de revocación gradual de la forma de cumplimiento de la pena, hasta llegar a la efectiva pena privativa de libertad. Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 02826-2011-PHC/TC.

254 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Cuarta edición corregida. Lima, *Gaceta Jurídica*, 2006, p. 52. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p.119.

255 CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: IDEMSA, 2001, p. 78.

El hecho de que la sanción penal y la civil coincidan respecto a su fin último no quiere decir, necesariamente, que en ambos cuerpos normativos gobiernen los mismos principios jurídicos o la misma naturaleza de imputación. Y en efecto no es así, por ejemplo, en sede penal prima el principio de responsabilidad por el propio hecho y de presunción de inocencia, mientras que en el plano civil, la responsabilidad es solidaria[256] (artículo 96° del Código Penal), transmisible (artículo 95°) y transable (artículo 14.1 CPP), incluso puede alcanzar a quien no esté comprendido en la sentencia penal (artículo 99° CP).[257] La repercusión procesal también es distinta entre ambos ordenamientos, pues en el proceso penal la pretensión civil está en manos del afectado, es él quien debe probar el daño resarcible, limitando al juez sobre el monto indemnizatorio a resolver.[258] Algo que no ocurre respecto de la sanción penal, donde el juez tiene absoluta discreción en virtud del principio de inmediatez de la actividad probatoria para graduar el *quantum* de pena a imponer.

### 3.4.2 La responsabilidad civil extracontractual: Definición y contenido

Las múltiples formas de interacción social obligan a las personas a asumir ciertos riesgos, tanto a la posibilidad de sufrirlos como de ocasionarlos. En algunas oportunidades, es posible acordar previamente la responsabilidad y el monto de reparación ante eventuales perjuicios (responsabilidad contractual),[259] pero ello no siempre es factible. Para los casos en los que no exista acuerdo previo nace la figura jurídica de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1969°, 1970° y 1976° del Código Civil.

> "**Artículo 1969.-** Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".
>
> "**Artículo 1970.-** Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo".
>
> "**Artículo 1976.-** No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal".

Los términos "responsabilidad civil" y "reparación civil" no son sinónimos. En principio, cuando se determina la responsabilidad civil se analizan los criterios objetivos (daño causado) y subjetivos (dolo o culpa) necesarios para poder imputar el perjuicio de un tercero a cierta persona. Luego, una vez constatada la existencia de responsabilidad podrá hablarse de la obligación de reparar, mediante la aplicación de conceptos como daño emergente, lucro cesante, proyecto de vida, etc., orientados a concretar una cifra económica exacta capaz de reparar en sus legítimos intereses al perjudicado. Esta línea de razonamiento es semejante de aquella que se aplica en el ámbito penal, donde como paso previo habrá que determinar la responsabilidad penal del agente, para luego proceder (utilizando criterios distintos) a determinar el *quantum* exacto de pena a imponer.




256 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Op. cit. p. 242.

257 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Las personas civilmente responsables". En: AA.VV, *La Responsabilidad Civil* "Ex Delicto". Navarra: ARANZADI, 2002, p. 145.

258 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Op.cit. p. 236.

259 LÓPEZ JACOISTE, José. Op. cit. p. 60 y ss 14.

Como consecuencia de su distinta naturaleza material, que la reparación civil se determine junto con la pena no es óbice para que el juez penal pueda resolver acerca de la obligación civil sin que medie atribución de responsabilidad penal. Ello se encuentra previsto en los artículos 99° del Código Penal y 12.3 del Código Procesal Penal. La responsabilidad civil y la obligación de reparar el daño causado no derivan del comportamiento típico, antijurídico y culpable que este analiza en un proceso penal,[260] sino del daño causado.

> Mientras en un proceso penal lo que se busca es determinar la culpabilidad del acusado, la obligación de reparar surge con el hecho generador del daño, no con el proceso penal[261]
>
> La obligación de reparar es independiente de los resultados del proceso penal

El artículo 93° del Código Penal menciona que la reparación civil comprende la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización por daños y perjuicios. En relación con estas medidas corresponde hacer algunos comentarios:

- **La restitución:** Esta es la reparación más adecuada.[262] En este sentido, si la restitución es posible, esta deberá ser la medida ordenada. El perjudicado no podría rechazarla según su discrecionalidad y pedir la cuantificación económica del bien. Es más, incluso en aquellos casos donde esta sea posible, el juez penal debe cerciorarse del efectivo aseguramiento del interés perjudicado[263] en estricta atención del principio "*restitutio in integrum*".[264] No obstante, por cuestiones de justicia, el juez tendrá que prever que el afectado no reciba por encima de lo merecido, sino solamente que se restituya el probado daño que el perjudicado alega y argumenta, obligación que se complica al tratarse de datos morales.[265]

- **La indemnización:** Se encuentra regulada en el artículo 1985 del Código Civil e incorpora como contenido el lucro cesante,[266] el daño emergente[267] y el daño moral.[268]

  Determinar el monto de la reparación civil supone un serio reto que la judicatura debe afrontar sin desligarse de la garantía procesal referida a la "debida motivación de las resoluciones judiciales",[269] estableciendo razonadamente las bases que justifiquen la cuantía de los daños e indemnizaciones.[270] Para ello existen dos salidas: La primera, fundamentar los presupuestos tomados en cuenta para llegar a una cifra global única, sin mencionar los detalles de los

260 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 3.

261 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil*, p. 38.

262 PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, vol. III. Barcelona: BOSCH, 1983, p. 192.

263 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Op. cit. p. 239.

264 Tribunal Constitucional Español, STC 181/2000 del 29 de junio de 2000.

265 CAVANILLAS, Santiago. Op. cit. p. 87.

266 Perjuicios de las ganancias que habrían ingresado al patrimonio del perjudicado de no haber sufrido el daño. CAVANILLAS, Santiago."Efectos de la Responsabilidad 'ex delicto': indemnización de perjuicios materiales y morales". En: AA. VV, *La Responsabilidad Civil* "ex delicto". Navarra, ARANZADI, 2002, p. 79.

267 Daño personal consistente en los daños sobre la persona o sus bienes que ya formaban parte de su patrimonio al momento del daño.

268 Daños distintos a la integridad física o psíquica del afectado relacionados a su personalidad, como por ejemplo, sensaciones o sentimientos (pecunia doloris). CAVANILLAS, Santiago, Op. cit. p. 82.

269 Artículo 139.5 de la Constitución Política.

270 Mandato expresamente estipulado en el artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú. Cabe señalar que el Código Penal español en su artículo 115° estipula expresamente el mandato dirigido al juez penal de fundamentar explícitamente el monto de la reparación civil.

sumandos. La segunda salida consiste en detallar cada elemento tomado en cuenta para llegar a una cifra exacta de reparación. Esto último resulta difícil de lograr, pues en muchas ocasiones la sola y razonable discrecionalidad judicial es el instrumento utilizado para determinar el *quantum* de indemnización.[271]

Como principio general, la reparación civil ha de ser una reparación de valor,[272] y este debe definirse en el momento de dictar sentencia. Por ejemplo, en el supuesto de restitución de un bien totalmente destruido habrá que definir si se ordena la restitución del bien en su valor predeterminado o si se resuelve por la simple restitución del valor venal (vendible o expuesto a la venta), es decir, el precio de mercado de un bien de similares características.[273] Por lo demás, el juez penal debe ceñirse además de la cifra monetaria afectada a conceptos como los intereses (legales) o el costo de oportunidad, pues una justa reparación sobrepasa la simple restitución.

> El juez debe atender las circunstancias extrínsecas e intrínsecas que aumentan o disminuyan (por ejemplo el voluntario adelanto de la eventual reparación a manos del sentenciado) el monto de reparación

Respecto a los daños morales (cargas personales que el afectado deba afrontar luego de haber sido víctima del delito o traumas psicológicos, entre otros) es necesario tener presente que los mismos pueden generarse en el preciso momento de la ejecución del delito y, también, con posterioridad a este.[274] Las psicopatías o daños psíquicos no son parte de los daños morales, tales afectaciones se corresponden con los daños personales, los cuales pueden recaer contra la integridad física o psíquica del agraviado.

Es importante precisar que entre los criterios utilizados por el juez para determinar el *quantum* de la reparación civil a imponer, por razones de justicia y en estricto respeto del principio de igualdad, no podrá considerarse la capacidad económica del responsable civil, pues ello sería tanto como hacer responder en mayor cuantía a los que tienen más dinero y en menor medida a los que no lo tienen, cuando en realidad el único baremo de cuantificación es el daño resarcible soportado por el perjudicado de la conducta ilícita.

Finalmente, así como en algunos casos no es posible restituir el bien, no toda comisión delictiva supone la obligación de reparar civilmente al afectado.[275] La ejecución, perfecta o imperfecta, del delito tendrá que producir algún tipo de daño resarcible que permita al juez penal pronunciarse acerca del monto de la reparación civil. Por otro lado, la estructura típica de los delitos no niega, a priori, una eventual responsabilidad civil, pues incluso la comisión de delitos de peligro puede generar daños resarcibles.[276]

### 3.4.3 Breve referencia a la reparación civil en el caso de los delitos contra la administración pública

Los comportamientos típicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico "normal y correcto funcionamiento de la administración pública" legitiman su punición principalmente en dos

271 CAVANILLAS, Santiago. Op. cit. pp. 71-72.

272 Ibídem. p. 67 y ss.

273 CAVANILLAS, Santiago. Op. cit. p. 77.

274 Ibídem. p. 93.

275 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Op. cit, p. 238. LONDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. cit. p. 149.

276 Acuerdo Plenario Nº 6-2006/CJ-116.

argumentos: En primer lugar, existe una íntima relación entre la (de) eficiente administración de los recursos públicos y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. El fin prestacional del Estado se manifiesta en la dación de una serie de condiciones que permitan el desarrollo social del individuo, como salud, educación, trabajo, y demás derechos fundamentales básicos que la Constitución consagra. En segundo lugar, los delitos llevados a cabo contra la administración pública no solo repercuten en el tesoro público, sino también, y con mayor énfasis, en la institucionalidad gubernamental del país, afirmando en su población un sistema endeble de administración, comprometiendo al mismo tiempo sus posibilidades de desarrollo.

Los valores jurídicos y sociales afectados con la realización de conductas típicas contra la administración pública justifican, además y en todos los casos, la necesidad de explicitar cualitativa y cuantitativamente la forma de reparación civil a cargo del culpable del delito. En este contexto resultan plenamente aplicables las reglas antes comentadas referidas a la indemnización y restitución del bien. No obstante, existen ciertos matices que es conveniente precisar:

- En los delitos contra la administración pública no siempre es factible la "restitución del bien afectado" (salvo en el delito de peculado).

- La obligación de reparar no siempre se consignará solo a favor de la administración, sino que muchas veces tendrá que considerarse el interés del concreto particular afectado con la conducta ilícita (a manera de ejemplo, si un empresario desecha otras ofertas económicas por participar en una licitación pública acordada previamente de forma ilícita, merece que se le indemnice, por lo menos, respecto al costo de oportunidad asumido al perder otras ofertas, siempre que se pruebe el daño).

- Respecto a la reparación inmaterial del daño, se podrían considerar como forma cualitativa de reparación civil ciertas conductas valorativas y simbólicas dirigidas a reforzar la institucionalidad de la entidad involucrada en el hecho típico de corrupción[277] (por ejemplo, el Poder Judicial, alguna universidad nacional, el Congreso de la República, entre otros), de manera que se contribuya en la labor de información y concientización a la población acerca de las falsas virtudes de un sistema público corrupto.

- Finalmente, respecto a la responsabilidad civil subsidiaria o solidaria de la administración pública ante los daños producidos en los administrados por conductas de sus funcionarios, podemos partir de un criterio general, según el cual, la administración solo podrá responder civilmente por los daños producidos cuando sus dependientes hayan actuado en ejercicio funcionarial habilitado.[278] Prueba de ello es lo regulado en el artículo 139.7 de la Constitución, donde se prevén indemnizaciones: i) por errores judiciales y ii) detenciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en los dos supuestos citados, la administración debe cumplir como responsable solidario de los daños producidos por sus funcionarios en el (incorrecto) ejercicio de sus labores. En el marco del proceso penal por la comisión de un tipo penal contra la administración pública, por lógica, la administración podría quedar obligada en la sentencia como obligado civil, solidario o subsidiario, siempre que se pruebe la relación causal entre el hecho generador y el daño resarcible.

277 MORALES GODO, Juan. "Naturaleza del daño moral, ¿punitiva o resarcitoria?" En: *Responsabilidad Civil II*. ESPINOZA, Juan. Lima: RODHAS, 2006, p. 188.

278 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit. p. 174.

CAPÍTULO 4

# Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos

El presente capítulo abordará los delitos contra la administración pública más relevantes y que han manifestado mayores elementos problemáticos que requieren el planteamiento de soluciones. Asimismo, se intentará dar respuesta a los problemas concursales que cada uno de estos presentan.

## 4.1 Los delitos de cohecho

Los delitos de cohecho, también denominados "delitos de corrupción de funcionarios", vienen a representar un conjunto de delitos consistentes en la compra-venta de la función pública.[279] La característica común de estos es su "bilateralidad" o la naturaleza de "delitos de participación necesaria" ya que, siempre, las partes que interviene son dos:[280]

- El funcionario que acepta o solicita el "pago" por la venta de la función pública
- El sujeto que compra el "servicio" o recibe el ofrecimiento del funcionario

Los principales delitos de cohecho o corrupción de funcionarios son dos:

- Cohecho pasivo
- Cohecho activo

A continuación analizaremos cada uno de ellos.

### 4.1.1 Los cohechos pasivos

Las figuras delictivas de cohechos pasivos, a grandes rasgos, sancionan al funcionario que recibe, acepta, o solicita recibir de una persona una ventaja o beneficio de cualquier índole a cambio de realizar algún acto conforme o contrario a sus funciones públicas, o por haber realizado, anteriormente, uno de estos actos. Es decir, los cohechos pasivos se encargan de incriminar solo a una de las partes intervinientes en el contexto de compra-venta de la función pública: El funcionario público.

Existen dos tipos de cohecho pasivo:

- El cohecho pasivo propio
- El cohecho pasivo impropio

No es posible identificar un único y común bien jurídico específico para el cohecho pasivo propio e impropio.[281] Por ello, cuando a continuación se analice cada uno de estos delitos, se identificará su respectivo bien jurídico específico.

279 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano.* Lima: Palestra, 2003, p. 409. MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA. Comentarios al Nuevo Código Penal. Gonzalo Quintero Olivares (director). Navarra: Aranzadi, 2005, p. 2108.

280 Ibídem.

281 En este punto, los autores del manual concuerdan con: MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA. Op. cit. p. 2109 y ss. y con: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 420 y 421.

#### *4.1.1.1 Cohecho pasivo propio*

El artículo 393° del Código Penal que tipifica el delito de cohecho pasivo propio establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 393° DEL CÓDIGO PENAL**

"El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".

"El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".

"El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".

Como puede observarse, el cohecho pasivo propio, sanciona tanto al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones (cohecho pasivo propio "antecedente"), como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a consecuencia de haber faltado ya a sus deberes.[282]

**El bien jurídico específico**

En la doctrina penal comparada[283] y nacional[284] actual, parece haber acuerdo en que el bien jurídico específico protegido por el cohecho pasivo propio es la "imparcialidad" en el ejercicio de la función pública. Es decir, la imparcialidad, en tanto condición imprescindible y esencial para el funcionamiento adecuado de la administración pública[285], implica el deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad, para satisfacer el interés general y no los privados.[286] La imparcialidad supone que el funcionario público debe estar sometido exclusivamente a la legalidad, sin permitir la interferencia de intereses económicos o de cualquier otra índole en su proceso de toma de decisiones.[287]

282 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 438.

283 Así lo afirma DE LA MATA BARRANCO, Norberto J."El bien jurídico protegido en el delito de cohecho". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 17, 2006, p. 110.

284 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 422.

285 Este principio ha sido recogido como deber fundamental en el desempeño de la función pública en el Código de Ética de la Función Pública - Ley N° 27815 (artículo 7.1).

286 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit. p. 112. Fermín MORALES PRATS y María José RODRÍGUEZ PUERTA. Op. cit. p. 2105.

287 Ibídem.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1406-2007-Callao del 7 de marzo de 2008 (Fundamento 5°)**

"(…) el bien jurídico protegido en esta clase de delitos [cohechos], es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos (…)"

### *4.1.1.2 Cohecho pasivo impropio*

El artículo 394° del Código Penal, que tipifica el delito de cohecho pasivo impropio establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 394° DEL CÓDIGO PENAL**

"El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja" o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".

"El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".

Como se puede apreciar, el delito de cohecho pasivo impropio sanciona, tanto a aquel funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir un donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar *un acto propio de su cargo*, como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a consecuencia de haber realizado ya el acto funcional.[288]

**El bien jurídico específico**

En la doctrina penal sigue habiendo discrepancias en cuanto al objeto de protección en este delito de cohecho. Básicamente, podemos exponer dos de estas posiciones:

- El bien jurídico específico es la honradez o integridad de la condición de funcionario público:[289] Postura que no es compartida por los autores de este manual, dado que la utilización de conceptos como la "honradez" o "integridad" referidas a la condición de funcionario público resultan demasiado subjetivas.[290]
- El bien jurídico específico es la gratuidad o no venalidad de la función pública:[291] Esta es la postura que comparte la presente publicación, dado que cuando se trata de un cohecho pasivo impropio no se pone en peligro alguno el servicio público, pues el acto realizado o por realizar es lícito, propio del cargo del funcionario.

288 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. 456 y ss.

289 Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit. p. 137.

290 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit. pp. 92-95.

291 Cfr. FISCHER citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit. p. 119.

### 4.1.2 Cohecho activo genérico

El artículo 397° del Código Penal que tipifica el delito de cohecho activo genérico establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 397° DEL CÓDIGO PENAL**

"El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años".

"El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años".

Como se observa de la redacción del tipo, el cohecho activo está dirigido a sancionar a la otra parte con la que el funcionario vende la función pública. Por tanto, sanciona a la persona que ofrece o promete dar a un funcionario algún donativo, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus funciones, o realice u omita actos propios de su cargo.

**El bien jurídico específico**

La identificación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho activo dependerá de la modalidad delictiva que cometa el autor.[292]

- Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice u omita un acto en violación de sus obligaciones el bien jurídico protegido será la "imparcialidad" en la función pública[293]
- Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice un acto propio de su cargo, el bien jurídico protegido será la gratuidad o no venalidad de la función pública

Debe tenerse presente que, en esta figura delictiva, se protegen los bienes jurídicos antes mencionados solo frente a conductas de peligro, pues sobre el particular no pesa la obligación de resolver con imparcialidad o sin abuso del cargo. El cohecho activo es un delito que pone en peligro la "imparcialidad" o el "ejercicio no abusivo del cargo público", porque favorece que el funcionario público que recibe la "coima" o soborno atente directamente contra ellos.[294]

### 4.1.3 Elementos problemáticos

A continuación, se expondrán y analizarán tres de los problemas más importantes que presentan estos delitos de cohecho. En primer lugar, la problemática del sujeto activo en los delitos de cohecho pasivo; en segundo, se tratará el de la "persona interpuesta" en los delitos de cohecho pasivo; y finalmente, se dará a conocer la no necesidad de valoración económica de la ventaja o dádiva en todos los delitos de cohecho.

292 Identifica dos bienes jurídicos protegidos en el delito. Ver: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 466.

293 De manera similar, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 85 y ss.

294 Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. pp. 84 y 106.

### *El sujeto activo*

Un primer problema que se presenta, en los delitos de cohecho pasivo, es el sujeto activo. Conforme lo establecido por la doctrina penal, un sujeto activo del cohecho pasivo propio e impropio solo puede ser aquel funcionario que actúa en el ámbito de sus competencias; es decir, no puede ser sujeto activo el funcionario que actúa invadiendo las funciones de otro.[295]

Por tanto, los actos funcionales que se venden por parte del funcionario público a cambio de la dádiva o beneficio, tienen que estar siempre relacionados con el ejercicio legítimo de su cargo. Cuando el funcionario que recibe la dádiva o beneficio no tenga atribuciones sobre el acto que vende podrá haber "estafa"[296] –si recibe dinero haciendo creer a la otra persona que es el funcionario encargado por ejemplo– o "usurpación de funciones" –si realiza acciones para las que no tiene competencias–,[297] pero no habrá un cohecho pasivo.

Cabe señalar que, un acto propio de las competencias funcionales del autor también es el que pertenece al ámbito de decisión general del funcionario.[298] Aun cuando el funcionario no ejecute los actos directamente, sino a través de subordinados por ejemplo, también habrá que apreciar un acto propio de sus competencias legítimas y, por lo tanto, podrá ser aplicado el delito de cohecho pasivo.

**EJEMPLO**

Cometerá delito de cohecho pasivo propio el coronel que recibe S/. 1,000 nuevos soles de una persona para que ordene a sus subordinados encargados (suboficiales) aplazar un desalojo.

### *La recepción del beneficio por la persona interpuesta*

Otro aspecto problemático; la persona que recibe o acepta el beneficio, sea esta o no diferente al funcionario público competente para realizar el acto. En estos casos, se habla de la intervención de una "persona interpuesta".

La legislación peruana, a diferencia de la española, no ha estipulado expresamente que la recepción o aceptación del beneficio pueda darse a través de una "persona interpuesta". Sin embargo, esto no supone un obstáculo para que, en aplicación de las reglas generales de la autoría y participación, se puedan subsumir conductas como estas, también, en el delito de cohecho pasivo.[299]

En efecto, el funcionario que utiliza a otra persona para recibir el beneficio (persona interpuesta) podrá ser considerado "autor mediato" (si se ha utilizado sobre el *extraneus* coacción, engaño, amenaza, etc.) o simplemente "autor" del delito (si la persona interpuesta actúa con pleno conocimiento de su accionar delictivo). En este último caso, la persona interpuesta sería lo que se denomina "instrumento doloso no cualificado"[300] que, siguiendo la "teoría de la unidad del título de la imputación",[301] debe responder como cómplice del delito de cohecho pasivo.[302] El funcionario que utiliza un "instrumento doloso no cualificado" para cometer el delito evidentemente responde como autor del mismo, dado

295 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 427.

296 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 959.

297 Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 716.

298 Ibídem.

299 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 449.

300 Ver punto 2.6 del manual.

301 Ver punto 2.6 del manual.

302 Admite la posibilidad de sancionar al partícipe *extraneus* del cohecho pasivo. Ver: ORTS BERENGUER, Enrique. Op. cit. p. 719.

que es él quien tiene el acceso al bien jurídico en situación de vulnerabilidad.[303] El "instrumento" *(extraneus)*, aunque actúe con dominio del hecho, no podrá responder nunca como autor.

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima del 10 de noviembre de 1999 (Fundamento 9°)**

"(…) es necesario abordar el tema de la consumación del delito; esto es, la solicitud o entrega del dinero; en este punto, debemos esbozar lo sostenido por Carlos Creus en su obra "Derecho Penal - Parte Especial" respecto de la persona interpuesta que "las acciones de recibir o aceptar puede realzarlas el funcionario por sí o por persona interpuesta; es decir, personalmente o por intermedio de un tercero". La referencia de la ley a la persona interpuesta no es simplemente material [de la tipicidad de la conducta], sino una referencia en orden a la participación [posibilidad de que *extraneus* interpuesto sea partícipe del delito] (…)"

### *La no necesidad de contenido patrimonial de la ventaja o dádiva*

Se ha discutido en doctrina si un favor sexual o sentimental puede constituir un beneficio que se entrega al funcionario a cambio de que realice un acto contrario a sus obligaciones o propio de su cargo. Existen posiciones que sostienen que la dádiva o ventaja solo puede ser aquella que tenga contenido patrimonial[304], mientras que existen otras que postulan que, dado el abanico de ventajas señalado por el tipo penal de cohecho (beneficio, venta, donativo, promesa), la dádiva o ventaja puede ser de cualquier naturaleza.

Los tipos penales nacionales de cohecho sí permiten incluir dentro del concepto "ventaja" o "beneficio" los favores sexuales por ejemplo, que no tienen contenido patrimonial o económico.[305] Este es un principio establecido en la CNUC en su artículo 3°, que señala:

**ARTÍCULO 3° CNUC**

"Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado".

En estos casos, aun cuando no se pueda poner un precio de mercado a la ventaja obtenida por el funcionario, sí existe un condicionamiento del ejercicio de la función pública a fines distintos a los intereses generales, por lo que es perfectamente posible apreciar la configuración del delito.[306]

303 Ver punto 2.6 de este manual.

304 Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique. Op. cit. pp. 714 y 715.

305 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 436 y 437 y ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 644.

306 En este mismo sentido, se ha pronunciado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 15°, donde establece que; para apreciar un delito de soborno (cohecho) se debe aceptar o solicitar en general un "beneficio indebido"; es decir, no interesa el contenido económico o no de este.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2673-95-Callao del 5 de marzo de 1997**

"(…) Compulsando los actuados, es de apreciarse que las declaraciones proporcionadas por la agraviada no son informes, restándole credibilidad; por otro lado, no existe en autos el certificado médico legal que corrobore el dicho de la agraviada de haber accedido a las prácticas sexuales con el sub oficial de la Policía Nacional en la carceleta judicial del Palacio de Justicia del Callao bajo promesa de ayudarla a huir; que la simple imputación no corroboradas con otras pruebas no es suficiente para un fallo condenatorio (…)"

## 4.1.4 Problemas concursales

Los delitos de cohecho presentan principalmente problemas de concurso entre las figuras delictivas de cohecho, la concusión y el tráfico de influencias.

### *Problema concursal entre las figuras de cohecho*

Respecto a los delitos de encuentro, en el punto 2.4 de este manual, se menciona que existen varios delitos contra la administración pública que presentan esta problemática dada su naturaleza "plurisubjetiva" o de "participación necesaria". El delito de cohecho es uno de los delitos que presenta esta problemática de los delitos de encuentro, pues al tener la característica de "bilateralidad", surge la pregunta de qué delito aplicar a cada uno de los intervinientes.

**EJEMPLO**

Un sujeto "A" entrega S/. 100 nuevos soles a un funcionario "B" de una municipalidad para que le apruebe una solicitud de licencia de funcionamiento y omita valorar ciertos aspectos técnicos que la harían improcedente.

En este caso hay tres posible soluciones:

i) Sancionar al funcionario "B" como autor del delito de cohecho pasivo propio y al sujeto "A" como partícipe del mismo delito
ii) Sancionar al sujeto "A" como autor del delito de cohecho activo genérico y al funcionario "B" como partícipe del mismo
iii) Sancionar al funcionario "B" como autor del delito de cohecho pasivo propio y al sujeto "A" como autor del delito de cohecho activo genérico.

De las posibles soluciones, la tercera es la correcta, dado que, cuando estamos ante casos de delitos de encuentro en los que el partícipe necesario (sujeto "A") es favorecido por el delito cometido por el autor (funcionario "B") y la conducta de aquel está, también, sancionada por separado en otro tipo penal, cada interviniente responde como autor de su propio delito.[307] Es decir, el sujeto "A" responde solamente como autor del delito de cohecho activo y el funcionario "B", solamente, como autor del delito de cohecho pasivo propio.

Lo que en puridad existe en esta problemática es un concurso aparente de delitos, pues solo uno de ellos será aplicado a cada uno de los intervinientes, toda vez que la aplicación de las soluciones ii) y iii) antes descritas supondría la violación del principio *ne bis in ídem* (prohibición de doble sanción por lo mismo).[308]

307 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 77.

308 Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2004, p. 646.

### *Problema concursal entre los cohechos pasivos y el delito de concusión (artículo 382° del Código Penal)*

Entre los delitos de cohecho pasivo y concusión[309] existe un concurso aparente de normas, por lo que solo se aplicará uno de ellos. En este caso, el delito de concusión.

Entre el delito de cohecho pasivo y el delito de concusión, existen las siguientes semejanzas en ambos delitos: 1) El sujeto activo es un funcionario público, 2) existe un abuso de poder del funcionario y 3) el autor se beneficia.

Sin embargo, existen también importantes diferencias sustantivas entre los dos delitos, podemos mencionar las siguientes: 1) En la concusión se usa la violencia, la amenaza o el engaño como medios que vician la voluntad del particular[310] en contraste, 2) en los cohechos pasivos no existen dichos medios; 3) en la concusión, el particular que interviene no responde penalmente, por su parte, en los cohechos pasivos el particular sí puede responder por el delito de cohecho activo.

**CUADRO 1. DELITO DE CONCUSIÓN Y COHECHOS PASIVOS: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS**

| DELITO | DIFERENCIAS | SEMEJANZAS |
|---|---|---|
| Concusión | • Uso de violencia, amenaza o engaño que vicia la voluntad del particular<br>• El particular sobre el que recae la violencia, amenaza o engaño no responde penalmente | • El sujeto activo es un funcionario público<br>• Existe abuso de poder del funcionario<br>• Existe beneficio para el autor |
| Cohechos pasivos | • Existe libertad contractual entre el funcionario y el particular<br>• No existen medios que vicien la voluntad del particular<br>• El particular que interviene puede responder penalmente. | |

Así pues, al tener los delitos de cohecho pasivo y concusión ciertos elementos divergentes, entre ellos lo que se aprecia es un concurso aparente de delitos que deberá resolverse a través del criterio de especialidad. Si estamos ante un caso donde existe la utilización de medios coercitivos o fraudulentos, se aplicaría solamente el delito de concusión; mientras que si estamos ante un caso donde dichos medios no existen estaríamos ante el delito de cohecho pasivo.

Cabe señalar, sin embargo, que este es un debate abierto, por lo que podría considerarse también que estamos ante un concurso ideal entre estos dos delitos.

## 4.2 El delito de peculado

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387° del Código Penal de la siguiente manera:

309 "Artículo 382.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años."

310 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. pp. 365 y 368.

**ARTÍCULO 387° DEL CÓDIGO PENAL**

"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".

## 4.2.1 El bien jurídico específico

En el ordenamiento jurídico peruano, la discusión en torno a cuál es el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado ha quedado zanjada con la emisión del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.[311] Este señala que el peculado es un delito pluriofensivo y que el bien jurídico contiene dos partes:

- Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública
- Evitar el abuso del poder de los funcionarios o servidores públicos, que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad

En otras palabras, se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado. Esta perspectiva bipartita del bien jurídico ha sido acogida por la jurisprudencia nacional.

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 011-2001 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 XVIII 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 desdobla 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".

311 Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116. Fundamento 6°.

**JURISPRUDENCIA**

**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 de caudales 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 pluriofensiva. En el Acuerdo Plenario número 4–2005/CJ–116, del treinta de septiembre 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 intereses 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".

## 4.2.2 Elementos problemáticos

### *La posición del funcionario público*

Un aspecto que antes podía ser considerado problemático en torno al delito de peculado, superado actualmente, a nivel jurisprudencial es sobre la posición que el funcionario público debe tener para poder cometer esta transgresión. Así, para que un funcionario pueda ser considerado autor del delito de peculado, los recursos o caudales públicos no tienen que encontrarse necesariamente bajo su tenencia material directa. Por el contrario, lo que este 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 dicha competencia 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 gracias, nuevamente, al Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

**CASO DE LA EX CONGRESISTA, ELSA CANCHAYA**

Un ejemplo claro de que no es necesario que el funcionario público tenga bajo su custodia material directa los recursos o caudales, es el de la ex congresista, Elsa Canchaya. Si bien ella fue condenada por el delito de nombramiento ilegal, también pudo ser condenada por el de peculado a favor de tercero, ya que la conducta ilícita que cometió consistió en contratar como asesora de su despacho a Jacqueline Simón Vicente, quien no contaba con los requisitos necesarios y exigidos por ley para ocupar dicho cargo de asesora del despacho congresal y, también, empleada del hogar en el domicilio de Elsa Canchaya.

Como se estableció en la sentencia que la condenó por delito de nombramiento ilegal,[312] la ex congresista tenía el control sobre la designación directa de su asesora, poder que, según dejó establecida la sala que la condenó, no lo tenía la dirección de Recursos Humanos del Congreso. Este es el fundamento para considerar que también pudo ser condenada por el delito de peculado.

En este sentido, si bien Elsa Canchaya no tenía el control material sobre el dinero que se le pagaba a su asesora, dado que podía designarla discrecional y directamente, tenía una competencia funcional o disponibilidad jurídica sobre los recursos que se destinarían a pagar el sueldo que, indebidamente, recibió Jacqueline Simón Vicente. Así, se podría entender configurado el delito de peculado a favor de un tercero.

### *Los viáticos como objeto del delito de peculado*

Un segundo elemento, que aún es considerado problemático, es el de los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado. Se debe entender por viático "cualquier 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".[313] En otras palabras, los viáticos serán "la asignación que se otorga al personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque (…)".[314]

El problema respecto a los viáticos y el delito de peculado radica en que no hay un acuerdo en doctrina ni en jurisprudencia respecto a 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.

Así, un ejemplo de decisiones por las cuales se considera que dicho acto tiene relevancia penal y constituiría peculado sería el siguiente:

**JURISPRUDENCIA**

**Resolución N° 2665-2008, del 21 de enero de 2010 emitida por la Sala Penal Permanente**

En dicha decisión se afirmó que no retornar el saldo del viático no utilizado constituye un delito de peculado pues se habrían realizado "*actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado [al funcionario público] para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal*".

No obstante, en el sentido opuesto podemos encontrar fallos judiciales como el siguiente:

312 Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 07-2007, del 7 de octubre de 2009.

313 Definición tomada de la Directiva N° 004-2011 UNH.

314 Directiva N° 009-2005/CONSUCODE/PRE.

**JURISPRUDENCIA**

**Resolución de la Sala Penal Transitoria, recaída en el expediente N° 260-2009 del 3 de marzo de 2010**

[Los casos de funcionarios que no rindieron cuentas de los gastos de sus viáticos no tienen relevancia penal porque estos viáticos] "*tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente (…)*".

La opción que parece ser la más adecuada, según los fines del Derecho Penal y el interés constitucional de persecución y represión de actos de corrupción, es la primera. Es decir, aquella que considera que los casos en los que un funcionario público se queda con el saldo del viático que no utilizó, constituye la comisión de un delito de peculado.

Esta posición se apoya en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 007-2013-EF, según el cual los funcionarios públicos se encuentran obligados a rendir cuentas por los gastos debidamente fundamentados en concepto de movilidad, hospedaje y alimentación que requiera su comisión de servicio. Es decir, los funcionarios públicos no cuentan con discrecionalidad absoluta en relación a los fondos públicos que reciben en calidad de viáticos. Por el contrario, tienen el deber de rendir cuentas de los gastos efectuados. Como puede apreciarse, esta postura es la que se condice mejor con el bien jurídico protegido en el delito de peculado; la administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado al funcionario en razón de su cargo.

Ahora bien, un segundo problema que surge en este punto es dilucidar si este delito de peculado se cometería por la apropiación del dinero recibido en calidad de viático, o por su indebida utilización. Una vez más, la opción más correcta pareciera ser la de considerar que se trata de delitos de peculado por utilización (distracción). Los billetes se entregan en propiedad y, en este orden de ideas, un agente público no podrá apropiarse de algo que ya se encuentra dentro de su patrimonio como si él fuera el propietario. Es por ello que, lo más adecuado, sería considerar que la no devolución del saldo no utilizado del viático constituye un supuesto de administración desleal del patrimonio público o, en otras palabras, una utilización indebida del patrimonio administrado por el Estado, mas no una apropiación en sí.[315]

### *Uso particular de vehículos del Estado*

Finalmente, un problema que se ha venido suscitando es el trato de aquellos casos donde un funcionario público, por ejemplo el jefe de una entidad pública, hace uso particular del vehículo que el Estado le ha entregado por razón de su cargo pero no como instrumento de trabajo sino para su servicio personal. Y es que el artículo 388° CPP establece que se sancionará penalmente al "*funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa, permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda (…)*". Pero también, en el último párrafo, indica que "*no están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo*".

315 Una explicación más detallada de esta postura se puede encontrar en "Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado" En: *Boletín Anticorrupción*, N° 8, diciembre 2011. En:http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/diciembre_2011_n08.pdf

Entonces, según lo establecido en este último párrafo, aquellos casos en que un ministro, por ejemplo, utiliza la camioneta que el Estado le ha otorgado –para su servicio personal– un fin de semana de paseo a la playa o para trasladar material de campaña en época electoral, no serían considerados delito de peculado de uso. Incluso, el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM[316] ha reafirmado lo establecido por el último párrafo del artículo en análisis, disponiendo lo siguiente:

> "Usar indebidamente o dar una aplicación diferente, a los bienes y recursos públicos que le han sido confiados en administración o custodia o que le han sido asignados con ocasión de su cargo o función, o, que han sido captados o recibidos para la adquisición de un bien, la realización de obra o prestación de servicio, cuando de dicho uso o aplicación se obtenga un beneficio personal no justificado o desproporcionado, o sea para actividades partidarias, manifestaciones o actos de proselitismo. Esta infracción es considerada muy grave. No está comprendido en esta infracción el uso de los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo."

A pesar de esta norma, existe un problema de técnica legislativa pues este tipo de casos parecen escapar a la regulación penal de este delito aunque esto sean supuestos donde se evidencia claramente una utilización que si bien responde a un uso personal formalmente permitido por la norma, no solo escapa a las finalidades públicas sino que, también, pueden entrar en conflicto directo con ellas.

### 4.2.3 Problemas concursales

El delito de peculado puede presentar algunos problemas concursales con otros. Probablemente, el más frecuente sea el concurso aparente de delitos entre peculado y *malversación de fondos* (artículo 389° CP). Este se fundamentaría en la existencia de algunos elementos que ambos tendrían como características comunes:

- El objeto del delito en el peculado y en la malversación de fondos es el dinero o bienes del Estado o que este tiene a su cargo
- Ambos delitos exigen una relación funcional especial entre el funcionario público y los bienes o dinero público aunque más adelante se abordará que, en cada uno, se exige una relación particular
- Pueden terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o función pública

Sin embargo, a pesar de estos elementos comunes, la diferencia entre el delito de peculado y de malversación de fondos es pronunciada. Por un lado, para la comisión de un delito de peculado, el funcionario público debe encontrarse en una situación de percepción, custodia o administración de los bienes o caudales públicos. En este último caso, el funcionario público administra los bienes o caudales pero estos no se encuentran destinados para un fin específico de manera reglada. En cambio, en el delito de malversación se exige que el funcionario o servidor público se encuentre en una relación de administración de bienes o caudales de una partida pública determinada y destinada, en este sentido, para un fin público específico. En otras palabras, en ambos casos, existe la facultad de disponer de los bienes o caudales, pero en el caso del delito de malversación, esta se encuentra normada. Esto supone que el agente público tenga la facultad no solo de disponer de los bienes públicos sino, específicamente, de aplicarlos a finalidades legalmente determinadas.

316 Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 29622, denominado Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

El peculado puede parecerse a la malversación de fondos públicos ya que la apropiación o utilización del dinero público para un fin privado y la aplicación distinta a la definitiva de los bienes o dinero que administra pueden generar una afectación en la prestación de un servicio o función pública, ya sea porque se utilizó para fines privados o para fines públicos distintos a los establecidos previamente por ley.

Sin embargo, queda claro que la diferencia esencial entre ambos delitos radica en que, en el peculado, la finalidad que se le da a los bienes o caudales públicos es una finalidad privada, mientras que en el delito de malversación de fondos la utilidad o destino sigue siendo público. Es en este orden de ideas que solo puede darse un concurso aparente entre ambos delitos cuando se trate de un mismo hecho.[317] En relación a este punto, es importante aclarar cuándo puede hablarse de "aplicación pública" de los caudales o bienes públicos. Aquí, es relevante indicar que una aplicación pública no se justifica, necesariamente, cuando el dinero o recursos públicos se destinan a un grupo o a un colectivo de personas. En este caso, por ejemplo, un alcalde decide destinar fondos de su partida de subvenciones sociales para construir un local de un comedor popular pero disponiendo que sea pintado con los colores de su partido. Aquí, la agrupación política puede ser técnicamente considerada un colectivo de personas. No obstante, para identificar si nos encontramos frente a una aplicación privada y no pública de los recursos, debe identificarse si existe un interés privado indirectamente manifestado en la disposición de dichos recursos. Cuando se pueda detectar dicho interés privado aunque haya sido manifestado de manera indirecta, estaremos frente a un delito de peculado y no de malversación de fondos.

## 4.3 El delito de malversación de fondos

El delito de malversación de fondos se encuentra tipificado en el artículo 389° del Código Penal del siguiente modo:

**ARTÍCULO 389° DEL CÓDIGO PENAL**

"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años".

"Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años".

### 4.3.1 El bien jurídico específico

El bien jurídico específico que se tutela penalmente en el delito de malversación de fondos es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En otras palabras, busca proteger que la ejecución del gasto y empleo de bienes y dinero público se efectúe bajo una organización racional y ordenada.[318]

317 En esta misma línea: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 552. El autor afirma que "la aplicación diferente, es decir, la utilización, empleo o inversión distinta, tiene que circunscribirse al ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos. Porque si el funcionario destina el dinero o bienes a su uso, provecho personal o de terceros, el tipo penal no será malversación sino peculado".

318 Esta postura es compartida por: ROJAS VARGAS, Fidel. Op.cit. pp. 549-550. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op.cit. p. 381. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2011, p. 386.

Esta postura ha sido acogida jurisprudencialmente, como se puede observar en los siguientes extractos:

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3630-2001 del 23 de enero de 2003**

"En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio".

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3923-96 Ancash del 10 de noviembre de 1997**

"Si bien la imputación se sustenta sobre malversación de fondos, no existe en autos ninguna prueba que acredite dicha imputación, ni la supuesta existencia de un programa de inversiones por la entidad municipal, como para inferir que el encausado haya violado el principio de legalidad presupuestal, elemento que caracteriza este delito por la desviación de fondos públicos predeterminados por ley o por acto administrativo; siendo del caso absolver al procesado".

*Nota: el subrayado es un añadido de los autores de este manual.*

## 4.3.2 Elementos problemáticos

### *Relación especial con el bien*

Un primer elemento que podría suscitar problemas en su interpretación y comparación con el delito de peculado, es el de la especial relación que el agente público debe guardar frente a los bienes y dinero público objeto del delito de malversación. Como se adelantó en el acápite correspondiente al delito de peculado y sus problemas concursales, en el caso del delito de malversación, el tipo penal exige una relación de administración entre el funcionario y los recursos públicos. De este modo, el funcionario o servidor público deberá poder disponer de los fondos públicos que se encuentran adscritos a una partida determinada y destinada a un fin público específico. Es decir, la finalidad de los recursos de dicha partida está, previamente, reglada. En este sentido, la ley penal no exige que el sujeto activo guarde una relación de percepción o custodia sino solo de administración. Por ello, si el funcionario solo se encontrara en una relación de custodia del bien o recurso público, no podría cometer malversación de fondos.

### *La aplicación pública diferente*

Un segundo elemento a tratar se refiere a la aplicación pública diferente que el funcionario público debe darle a los bienes o fondos que administra, para cometer el delito de malversación. Pues bien, para que el funcionario o servidor público cumpla con esa relación más estricta dándole a los recursos públicos el destino específico que les corresponde, dicho destino tiene que haber sido asignado por ley, decreto, reglamento o resolución de una autoridad competente. El destino o finalidad, generalmente, se encuentra contemplado en normas presupuestales. Además, la finalidad debe ser expresa ya que, de lo contrario, el agente público tendría discrecionalidad para aplicar

los recursos públicos a los fines públicos que él considere necesarios.[319] Así, si el funcionario da un fin distinto y definitivo al previsto en la norma a los recursos públicos que administra, estaría cometiendo delito de malversación de fondos públicos. En el acápite anterior, referido al delito de peculado, figura detalladamente en qué momento no nos encontramos ante una aplicación pública de los fondos. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este tema de la siguiente manera:

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, recaída en el expediente N° 101-98 del 25 de marzo de 1998**

"Suponiendo este tipo penal un cambio del destino público del patrimonio (bienes o dinero), es necesario en primer lugar, determinar la aplicación a que originalmente estaban destinados los caudales; luego es preciso determinar la aplicación distinta que presuntamente se hizo de los mismos, para establecer finalmente si el encausado en el ejercicio de sus funciones ordenó el cambio de destino público".

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° 469-85 Huánuco del 26 de marzo de 1986**

"Constituye delito de malversación de fondos, dar distinto fin a los bonos alimenticios que el Gobierno había destinado a las personas más menesterosas, esto es, haberlos entregado a comerciantes del lugar (…)".

Sobre este tema, también se debe destacar que la desviación de fondos públicos no debe darse hacia un fin o beneficio privado. Como se explicó en un acápite anterior,[320] un aspecto para distinguir al delito de malversación del de peculado es el destino para el cual se emplean los recursos públicos. El delito de malversación exige que el dinero o bienes públicos sean utilizados para otro destino público ya que, si se emplean para un beneficio privado, estaríamos ante la posible comisión de un delito de peculado. La jurisprudencia, como puede apreciarse a continuación, refleja, claramente, este aspecto.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 199-04 Cusco del 24 de febrero de 2005**

"El delito de malversación de fondos se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban destinados, y esta aplicación diferente, empleo o inversión distinta de fondos, bienes o efectos, tiene que realizarse necesariamente en alguno de los proyectos oficiales o públicos del Estado; siendo esto así, dicho tipo penal no se encuadraría en los hechos denunciados, toda vez que si bien está acreditado el uso ilegal de determinada suma de dinero del Estado destinado para una obra pública –abastecimiento de agua potable y alcantarillado– este fue derivado por los procesados para refaccionar una obra particular –Salón Comunal del pueblo de Urcos– el mismo que no se encontraba dentro de los proyectos de inversión por parte de los organismos del Estado".

319 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 384.

320 Ver supra.

### *Afectación del servicio*

Un segundo aspecto a considerar, en relación con el delito de malversación, es que el tipo penal exige la lesión o puesta en peligro de la función o servicio legalmente previsto. Es decir, la desviación de los bienes o dinero público debe generar la destrucción, obstrucción o retraso relevante de la prestación del servicio inicialmente contemplado en la ley.

## 4.3.3 Problemas concursales

En el acápite sobre peculado nos hemos referido a los problemas concursales entre este delito y el de malversación.[321] Jurisprudencialmente, la diferencia queda, conceptualmente, clara, como puede apreciarse a continuación.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 1524-98 Arequipa del 12 de julio de 1999**

"El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones".

El siguiente cuadro refleja la diferencia entre el delito de malversación y el de peculado:

**CUADRO 2. DELITO DE PECULADO Y MALVERSACIÓN: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS**

<table>
<tr><th>DELITO</th><th>SIMILITUDES</th><th>DIFERENCIAS</th><th>¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?</th></tr>
<tr><td>Peculado</td><td rowspan="2">• El objeto del delito es el dinero o los bienes públicos<br>• El autor de ambos delitos debe encontrarse en una relación funcional respecto a los bienes o recursos públicos<br>• En ambos delitos se puede terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o función público</td><td>• El funcionario público debe tener relación de disponibilidad jurídica sobre el bien o dinero público<br>• La finalidad que se le da a los recursos públicos es privada</td><td rowspan="2">Debido a las diferencias expuestas, y por el principio de especialidad, el problema concursal se resuelve considerándolo solo un concurso aparente entre ambos delitos ya que, cada vez que estemos ante un caso de apropiación o utilización de recursos públicos para fines privados, se habrá cometido un delito de peculado</td></tr>
<tr><td>Malversación</td><td>• El funcionario debe tener una relación más estricta en el uso correcto de los bienes públicos, por estar facultado para administrarlos y destinarlos a finalidades específicas determinadas por la ley<br>• La finalidad que se debe dar a los recursos públicos es pública</td></tr>
</table>

321 Ver supra.

## 4.4 El delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401° del Código Penal de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL**

"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años".

"Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años".

"Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

### 4.4.1 El bien jurídico específico

Debemos partir por señalar que el bien jurídico del enriquecimiento ilícito tiene naturaleza autónoma[322] dado que no depende del bien protegido en un delito precedente (el que motiva el enriquecimiento). Esto es así porque las conductas precedentes no tienen que ser, necesariamente, otros delitos de corrupción o cualquier otro delito. Por el contrario, es suficiente que la fuente ilícita esté constituida por actos no ajustados a derecho, dentro de los cuales están los delitos de corrupción, pero también los delitos comunes y las infracciones administrativas.[323]

En esta medida, el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito se aproxima al bien jurídico general de los delitos de corrupción: El correcto y normal funcionamiento de la administración pública,[324] el cual se manifiesta, en el caso concreto, en la vigencia de los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública (reconocidos por el Código de Ética de la Función Pública y cuya base implícita está en la Constitución, principios que constituyen el bien jurídico específico de este delito).[325]

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, recaída en el expediente N° 004-2001 del 9 de febrero de 2010 p. 85**

**Caso familia Chacón**

"En este tipo de delitos el bien jurídico protegido constituye el garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a los funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez, lealtad y servicio a la Nación".

322 En contra de esta postura: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 540-541.

323 Cfr. Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 09-2001.

324 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. "El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión". En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Lima: IDEHPUCP, 2012, pp. 62-63.

325 Cfr. Ibídem.

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, recaída en el expediente N° 99-2009 del 25 de enero de 2011**

**Caso familia Cano**

"En relación al bien jurídico afectado en el delito de enriquecimiento ilícito se tiene que: Lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal "administración pública", el mismo que significa: Ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo, empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público".

## 4.4.2 Elementos problemáticos

Para entender los problemas que presenta el delito de enriquecimiento ilícito, es necesario, primero, recordar que estamos ante un delito especial de posición institucionalizada.[326] En esta medida, el sujeto, al momento de ingresar a la función pública, asume no solo potestades sino también un conjunto de derechos y deberes que delimitan sus actos.[327] En concreto, el funcionario público tiene deberes de probidad y transparencia que trazan una frontera clara entre las fuentes legítimas y las fuente ilícitas de enriquecimiento de un funcionario. En otras palabras, el funcionario público, a diferencia de los demás ciudadanos, solo puede enriquecerse a través de actos considerados lícitos previamente, toda fuente de enriquecimiento que no esté en este parámetro puede considerarse (indiciariamente) ilícita.[328]

### *Incremento del patrimonio*

Una vez delimitado esto, el primer problema que presenta la interpretación del delito de enriquecimiento ilícito es el concepto de "incremento del patrimonio". En este sentido, es necesario entender que este concepto abarca tanto los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos.[329]

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad N° 847-2006 del 19 de octubre de 2006. Fundamento 4°**

**Caso Villanueva Ruesta y otros**

Que, el delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401° del Código Penal, protege la funcionalidad, prestigio dignidad y confianza de la función pública, que comprende a su vez, la actuación de los agentes que la integran; dicho ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derechos o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio.

326 En estos delitos, el autor se encuentra en un cuerpo administrativo (que le exige deberes de lealtad y fidelidad) donde desempeña funciones que lo acercan a un bien jurídico al cual no todos pueden tener acceso: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006, pp. 520-525. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada: 2012, N° 14-01, pp. 01:1-01:29. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf. Consulta: 04/12/12.

327 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. p. 64.

328 Cfr. Ibídem.

329 Cfr. Ídem. p. 65.

### *Delito de posesión*

Un segundo problema que presenta este delito es el referido a su naturaleza. En esta medida, estamos ante un delito de posesión. ¿Qué quiere decir esto? Que el núcleo del injusto yace en que el sujeto activo (el funcionario público) posee bienes obtenidos de fuente ilícita.[330] En este sentido, no se está sancionando un acto puntual o una suma de actos aislados, sino una situación de enriquecimiento ilícito del patrimonio del funcionario.

En la línea de lo anterior, se debe tener en cuenta que la posesión de los bienes en la esfera de custodia supone el ejercicio de una actividad que se prolonga en el tiempo.[331] De esta manera, a pesar de que existen posturas jurisprudenciales contrarias,[332] es sensato afirmar que el enriquecimiento ilícito es como un delito permanente y comisivo. Solo reconociendo la naturaleza permanente de este delito se podrá sancionar de forma correcta todo acto de participación que suceda durante la situación antijurídica de enriquecimiento.

**EJEMPLO**

Un funcionario público incorpora dinero de fuente ilícita a su patrimonio en enero de 2013. En diciembre de 2014, deposita el dinero en cuentas de amigos y familiares, quienes ayudan de esta forma a mantener la situación antijurídica de enriquecimiento.

Aquí se hace evidente que la participación de los amigos y familiares es punible, en tanto esto sucede durante la situación de enriquecimiento.

Ahora bien, no se debe confundir el hecho de que el enriquecimiento ilícito es un delito de consumación instantánea con la naturaleza permanente del mismo. Por tanto, si bien el delito se consuma en un primer momento (incorporación del bien) el núcleo del mismo yace en un segundo momento donde se mantiene en el tiempo (la situación de enriquecimiento)[333] y en el que el delito se sigue consumando hasta que se abandone la situación antijurídica.[334]

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima recaída en el expediente 85-2008 del 11 de enero de 2011 pp. 114-115**

**Caso Sotero Navarro y otros**

"(…)en el presente caso se hace evidente que nos encontramos ante un delito permanente en el que se aprecia la producción de resultados típicos constantes verbigracia la desproporción mes a mes entre sus ingresos y sus gastos si bien el delito de enriquecimiento se consuma con el incremento real del patrimonio cuyo origen no es lícito se hace posible hablar de una situación antijurídica en tanto y en cuanto persistan los actos individuales relacionados al incremento del mismo, durante el ejercicio de sus funciones y en dicha etapa o mantenimiento no deja de realizarse el

330 Cfr. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005, pp. 37-43.

331 Cfr. COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión: base para una dogmática*. Montevideo: B de F, 2012, p. 120 y ss.

332 En este sentido: Sentencia del 30 de diciembre de 2004 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad 2976-2004.

333 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. pp. 65-67.

334 Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edición. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 224.

tipo penal a través de distintos actos individuales de manera ininterrumpida a los cuales corresponde valorar de manera unitaria; además la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación que es propia de los delitos instantáneos, sino con la fijación de la permanencia; en el delito permanente el menoscabo a los bienes jurídicos, esto es, a la administración pública es constante hasta el cese del estado antijurídico así la intervención de los *extraneus* es decir de los cómplices, en el mismo los torna en partícipes del delito, evidentemente en fase de consumación; por lo consiguiente el incremento patrimonial ilícito (…)".

### *La ilicitud del enriquecimiento*

Otro tema problemático en el enriquecimiento ilícito es la naturaleza de la ilicitud. No es necesario que este provenga de un delito previo, siendo suficiente que su origen esté constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario público. En esta medida, todo lo que no esté razonablemente justificado será considerado un indicio de incremento indebido del patrimonio del funcionario.[335] Así, el Ministerio Público debe probar, con la ayuda de este indicio, la ilicitud del enriquecimiento del funcionario público.[336]

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad 09-2001, del 16 de mayo de 2003**

**Caso Blanca Nélida Colán. Fundamento 5°**

"Que el enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contraste en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a derecho (…)".

Por último, no se puede olvidar que, el delito de enriquecimiento ilícito, como todos los delitos de corrupción, exige que el desvalor de acción represente un abuso del cargo. No se puede ignorar que este exige un vínculo funcionarial entre el enriquecimiento ilícito y el ejercicio del cargo, que se expresa de dos formas:

- Relación funcional (el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento)
- Relación temporal (el enriquecimiento debe producirse durante el ejercicio del cargo público)

**JURISPRUDENCIA**

**Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008 (Lima). Tema II**

"CONCLUSIÓN PLENARIA: Por MAYORÍA el Pleno acuerda la posición número uno que enuncia lo siguiente: Si es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio.

335 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. pp. 65-67.

336 Cfr. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008 (Lima). Tema II. Acuerdo 2.

(….)

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

### 4.4.3 Problemas concursales

Como se ha mencionado anteriormente, el bien jurídico del enriquecimiento ilícito es el buen funcionamiento de la administración pública, que se constituye, además, como el bien jurídico "sombrilla" de todos los delitos de corrupción. Así, el enriquecimiento ilícito es, en gran medida, una figura que busca evitar los espacios de punibilidad frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado (conductas que representan ataques más específicos al bien jurídico correcta administración pública).[337] En esta medida, cuando alguno de estos últimos delitos se verifique (peculado, cohecho pasivo u otro delito semejante) y este sea el motivo del enriquecimiento del funcionario público, no corresponde ya aplicar el delito de enriquecimiento ilícito. En estos casos, utilizar el delito de enriquecimiento ilícito conjuntamente con el delito específico constituye un exceso, en tanto transgrede la prohibición de *ne bis in ídem*.[338] Si se comparte lo dicho hasta aquí, se tiene que aceptar la naturaleza subsidiaria de esta figura delictiva.

Formulado con otras palabras, el enriquecimiento ilícito cederá frente al delito de corrupción especial, toda vez que este supone una forma de ataque más específico del mismo bien jurídico[339] (principio de subsidiaridad).

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima, recaída en el expediente 13-2007 del 2 de febrero de 2011 p. 165**

**Caso Indacochea y Cubas Portal**

"Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría –concurso aparente de tipos. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito – *Lex primaria derogat legis ubis diariae*".

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, recaída en el Recurso de Nulidad 2565-2007 del 3 de marzo de 2008**

"(…)este Supremo Tribunal estima se procedió correctamente al concluir por la absolución a los procesados Luis Gonzalo Gonzales Adrián por el delito de enriquecimiento ilícito y a Juan Cancio Vega Pimentel también por el delito de

337 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 527.

338 Cfr. NOVOA CURICH, Yvana y Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ. Op. cit. pp. 71 – 81.

339 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 655.

enriquecimiento ilícito y peculado, y la condena al sentenciado Luis Gonzalo Gonzales Adrián por el delito contra la administración pública –peculado–, excepto en la condena de este último procesado por el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; Sexto: Que, se arriba a esta conclusión en cuanto a la irresponsabilidad penal del procesado Luis Gonzalo Gonzales Adrián por el delito de enriquecimiento ilícito, especialmente porque el desbalance económico imputado se debe al dinero ilícitamente apropiado en su calidad de funcionario público representante de la comuna agraviada (…)".

Finalmente, se debe tener bastante cuidado con algunos supuestos de enriquecimiento ilícito al momento de analizar su subsidiariedad. En este sentido, existen supuestos en los que el delito fuente del enriquecimiento no puede explicar, o solo explica parcialmente, el considerable desbalance patrimonial no justificado por el funcionario público.[340] Aquí se requieren ambos tipos penales (delito funcionarial específico y delito de enriquecimiento ilícito) para desvalorar el hecho.

**EJEMPLO**

Se difunde un video en que el funcionario público "R" recibe US$ 10,000 dólares americanos de un empresario. A partir de esto, se abre una investigación. En el curso de la investigación, se encuentra en la casa del funcionario público "R" un maletín con US$ 50,000 dólares americanos cuya procedencia no puede ser justificada.

Aquí será necesario utilizar tanto el delito de enriquecimiento ilícito (por los US$ 40,000 dólares americanos excedentes entre el peculado probado y el dinero no justificado) como el cohecho pasivo (US$ 10,000 dólares americanos recibidos). Estamos pues, frente a un concurso real que permitirá sumar las penas.

**CUADRO 3. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y DELITOS DE CORRUPCIÓN PREVIOS. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS**

| DELITO | SEMEJANZAS | DIFERENCIA | SOLUCIÓN |
|---|---|---|---|
| Enriquecimiento ilícito | • El bien jurídico protegido es correcto y normal funcionamiento de la administración pública<br>• El funcionario público como, resultado de un acto ilícito, tiene como consecuencia inmediata el aumento de su patrimonio | • El acto previo no tiene que ser un delito de corrupción, basta con un acto que no esté conforme a derecho<br>• Se penaliza la situación o el estado de enriquecimiento<br>• Es un delito residual | En los casos donde se pruebe que el enriquecimiento ilícito es producto de un delito de corrupción previo, el delito de enriquecimiento (como todo delito residual) declinará en favor del delito de corrupción previo, en razón de un concurso aparente de leyes |
| Delitos de corrupción previos (cohecho pasivo, peculado, etc.) | | • No en todos los casos se produce como resultado un enriquecimiento<br>• Se penaliza el acto mismo (a través de un cohecho, un peculado, u otro delito) por el que el funcionario abusa de su función | |

340 Cfr. Ídem, p.74.

Hasta aquí queda resuelto el problema concursal del enriquecimiento ilícito con otros delitos de corrupción. No obstante, aún queda por solucionar una dificultad concursal con un grupo de casos recurrente en la jurisprudencia peruana: La participación del *extraneus* a través del ocultamiento del dinero de fuente ilícita. Como se evidencia de este tipo de casos, el ocultamiento de bienes (por ejemplo; a través del uso de la cuenta bancaria del *extraneus* o de compras ficticias de bienes inmuebles a nombre del *extraneus* pero con el dinero ilícito del funcionario público) durante la situación de enriquecimiento ilícito del funcionario público, calza también en la estructura de los delitos de receptación y encubrimiento real, previstos en los artículo 194° y 405° del Código Penal.

> "**Artículo 194.-** *Receptación*: El que, adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito (…)".
>
> "**Artículo 405.-** *Encubrimiento real:* El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo (…)"

Estamos ante un mismo hecho sobre el cual concurren, aparentemente, tres figuras penales. En cuanto al delito de receptación, se debe tener en cuenta que la naturaleza de este tipo penal obedece a la decisión del legislador de cumplir efectivamente con el fin preventivo general de la pena, a través de la ampliación del ámbito de protección penal a actos posteriores a la lesión de bienes jurídicos.[341] En otras palabras, el delito de receptación busca penalizar actos que se encuentran normalmente en la fase de agotamiento. De ahí que el desvalor penal siempre sea menor al cubierto por el delito base. En el supuesto del *extraneus* que colabora con el enriquecimiento ilícito del funcionario público, es claro que este hecho, si se comparte la naturaleza de delito permanente del enriquecimiento, se encuentra aún en la etapa de lesión al bien jurídico, siempre que el aporte se realice dentro de la situación antijurídica. Por este motivo, es lógico que el delito de enriquecimiento ilícito desvalore mejor dicho comportamiento que el delito de receptación, que está pensado para actos que se encuentran en la fase de agotamiento. A esto, se puede agregar que el enriquecimiento ilícito cubre el desvalor propio de un acto que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública, cosa que no sucede con el delito de receptación.

En conclusión, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial pensado para actos que lesionan o ponen en peligro la correcta administración pública (en tanto desvalora de forma completa el hecho), mientras que el delito de receptación es un tipo general que reprime actos que se encuentran en la fase de agotamiento de cualquier delito. Estamos ante un concurso aparente que se resuelve en virtud del principio de especialidad, en tanto que el delito de enriquecimiento ilícito es un tipo especial frente a la receptación.

Por otro lado, en relación al delito de encubrimiento real, conviene recordar que el delito de encubrimiento es un precepto general y subsidiario que abarca el ocultamiento de las huellas de cualquier delito. Sin embargo, se debe entender que este delito siempre es residual frente a los ilícitos penales precedentes. Así, se ha reconocido que el encubrimiento es un delito de referencia, en tanto que su punición viene condicionada por la existencia de otro hecho típico y antijurídico.[342] En este sentido, el delito de encubrimiento no podrá aplicarse mientras que delito precedente se venga ejecutando. Suponer lo opuesto implicaría llegar a excesos como sancionar por encubrimiento real al ladrón que, antes de salir de una casa a la que ha entrado para hurtar, borre todas sus huellas. En el presente caso, en tanto que la situación del enriquecimiento ilícito se mantiene, el sujeto que colabora con ella solo podrá responder como partícipe del mismo delito. Ello se ve reforzado por

341 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 211.

342 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 945.

el principio de unidad del título de imputación. Por estos motivos, tampoco ocurriría un concurso aparente de leyes, en tanto que el encubrimiento real no es aplicable ante los presupuestos antes analizados.

**CUADRO 4. PARTICIPACIÓN EN ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y RECEPTACIÓN: DIFERENCIAS, SEMEJANZAS Y SOLUCIÓN**

<table>
<tr><th>DELITO</th><th>SEMEJANZAS</th><th>DIFERENCIA</th><th>SOLUCIÓN</th></tr>
<tr><td>Participación en enriquecimiento ilícito</td><td rowspan="2">• El ámbito de dichas normas incluye al sujeto que oculta las huellas del enriquecimiento ilícito de un funcionario público (situación antijurídica)</td><td>• El reproche penal no solo incluye el acto de ocultar las huellas, sino la facilitación para que un funcionario público lesione la correcta administración pública de una forma más intensa (en razón de cargo), por ello el marco punitivo es mayor</td><td rowspan="2">El sujeto que oculta el dinero y los bienes del enriquecimiento ilícito deberá responder solo como partícipe del mismo, en tanto que estamos ante un concurso aparente de leyes que debe resolverse por especialidad, toda vez que la norma especial es el delito de corrupción (delito especial)</td></tr>
<tr><td>Receptación</td><td>• El reproche penal solo incluye la receptación de un delito común (no toma la naturaleza ni los supuestos de los delitos especiales)</td></tr>
</table>

## 4.5 El delito de negociación incompatible

El delito de negociación incompatible se encuentra tipificado en el artículo 399° del Código Penal de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 399° DEL CÓDIGO PENAL**

"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".

En otras palabras, el artículo 399° del Código Penal peruano sanciona la conducta por la cual un funcionario o servidor público se aprovecha indebidamente de su cargo al mostrar un interés particular que entra en colisión con los intereses públicos o estatales. El tipo penal exige que dicho interés particular o privado se enfoque en alguna operación económica en la que intervienen el Estado y el funcionario público con motivo del cargo público que ocupa.

### 4.5.1 El bien jurídico específico

El bien jurídico genérico de los delitos de corrupción, definido anteriormente, es el correcto o normal funcionamiento de la administración pública. Pero el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible estará compuesto por principios que guían la administración pública, como el principio de probidad, entendido como la honradez y honestidad orientadas a satisfacer el interés general, desechando toda ventaja o provecho personal.[343]

343 Artículo 6.2 de la Ley N° 27815 Ley del Código de Ética de la Función Pública.

Si bien la administración pública debe funcionar siempre velando por sus intereses públicos, estos siempre deben estar orientados hacia el bien común y no hacia los intereses particulares de los funcionarios o servidores que los gestionan o administran. Entonces, la probidad e imparcialidad que se busca proteger es aquella donde la administración pública actúa al momento de realizar contratos, concursos públicos o cualquier otra operación económica, con la finalidad de poder elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y al bien común. Entonces, el tipo penal refleja la necesidad de proteger a la administración pública del interés privado de sus agentes –funcionarios o servidores públicos– especialmente relacionados o vinculados por razón de su cargo a los contratos u operaciones públicos.[344]

En otras palabras, el tipo penal busca evitar conflictos entre intereses privados y públicos, sancionando las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos que no denoten imparcialidad, transparencia y honestidad frente a los competidores de un contrato u operación económica donde tengan que representar al Estado.

> El bien jurídico protegido del delito de negociación ilícita sería la rectitud e imparcialidad que se debe garantizar frente a los administrados y frente a los competidores ofertantes en los contratos en cuestión[345]

Otra postura, manejada por parte de la doctrina, respecto al bien jurídico protegido, en este delito, es la que indica que es patrimonio del Estado, pues se considera que este tipo penal supone un adelantamiento de las barreras de punición con la finalidad de prevenir que un agente público atente contra el patrimonio estatal al aprovecharse de la función pública que le ha sido encomendada.[346] No obstante, esta postura no sería la más adecuada, ya que el patrimonio del Estado no puede ser considerado un mejor patrimonio que el de cualquier ciudadano o administrado. El patrimonio estatal, al igual que el patrimonio de cualquier ciudadano, se protege con los delitos comunes contemplados en el capítulo de delitos contra el patrimonio de nuestro Código Penal.[347] Además, los tipos penales contra la administración pública no siempre exigen que se lesione efectivamente el patrimonio estatal. El delito de negociación incompatible, en este caso, no exige dicho resultado lesivo.

En adición a esto, el artículo 12° de la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) señala que no es necesario que los actos de corrupción generen un perjuicio patrimonial para ser sancionados. En la misma línea, el artículo 3° inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción indica también que no es necesario que los delitos de corrupción generen un perjuicio o daño patrimonial al Estado.

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (CICC)**

"**Artículo 12°.-** Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio al Estado".

**CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (CONUCC)**

"**Artículo 3.2.-** Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado".

344 ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 818.

345 Se puede encontrar mayor referencia sobre esta postura en: MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 357.

346 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 506.

347 MEINI MÉNDEZ, Iván. "Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública". *Boletín Anticorrupción* N° 13, p. 3. Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio_2012_n13.pdf.

### 4.5.2 Elementos problemáticos

Un aspecto que podría ser problemático en interpretación del delito de negociación incompatible es el referido al verbo rector del delito: interesarse. Este debe ser entendido en el sentido de que el funcionario o servidor público vuelca sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, es decir, con el interés general. Por el contrario, este es uno particular que debe entrar en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio. Al respecto, la Corte Superior de Justicia se ha manifestado del siguiente modo:

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010 del 7 de noviembre de 2011 Caso Cofopri**

"Por interés debe entenderse cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo".

Por otro lado, existe un debate doctrinal referido a la naturaleza del interés privado indebido. Así, un sector de la doctrina afirma que el interés que el funcionario o servidor público tenga debe suponer un peligro para el patrimonio estatal.[348] Otro sector, por el contrario, considera que interesarse no necesariamente debe implicar siempre un peligro patrimonial para el Estado. Según esta postura, si el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que, finalmente, resultaron ser favorables económicamente a la administración pública, de todos modos la conducta sería típica y punible porque igual se habría lesionado el bien jurídico protegido[349] (correcto y recto funcionamiento de la administración pública en general, y la probidad al ejercer la función pública, desechando todo provecho o ventaja personal).

Esta última opción parece ser la más adecuada ya que el tipo penal no especifica el tipo de provecho que el funcionario público debe esperar. Asimismo, es la más adecuada de cara al bien jurídico, como ha sido explicado.

La conducta típica es solo "interesarse". El tipo penal, entonces, no demanda un tipo particular de interés, es decir, no exige que el interés sea, por ejemplo, patrimonial. Esta interpretación sería la más adecuada no solo según la redacción del tipo penal, sino también de cara al bien jurídico protegido en este delito referido al conflicto entre intereses privados del funcionario e intereses públicos del Estado.

El hecho de que la conducta típica sea solo el "interesarse", indica que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, ya que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo al Estado producto de la manifestación de dicho interés.

348 Se puede encontrar mayor referencia a esta postura en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 512.

349 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit. pp. 555-556.

El considerar que el delito en cuestión no exige un interés de un carácter determinado, se condice con el hecho de que la negociación incompatible sea entendida como un delito de mera actividad. Ello, en tanto la conducta típica exigida por el tipo penal es el, solo, hecho de interesarse. El tipo penal no exige un resultado como lo podría ser el perjuicio al patrimonio, así como tampoco exige obtener efectivamente una ventaja personal. Basta con que se manifieste el interés indebido –el conflicto entre los intereses privados y los públicos– para que el tipo penal se encuentre consumado.

### 4.5.3 Problemas concursales

El delito de negociación incompatible puede presentar algunos problemas concursales con el delito de colusión desleal. Y es que ambos delitos tienen los siguientes elementos en común:

- El marco contextual de ambos delitos se encuentra referido a contratos públicos o cualquier operación económica en la que participe el Estado como parte
- Ambos delitos reflejan un conflicto entre intereses privados y públicos

No obstante, a pesar de estos elementos en común, ambos delitos guardan marcadas diferencias. Así, a pesar de que ambos tienen el mismo marco contextual (los contratos públicos o cualquier operación económica en la que participe el Estado), en el delito de colusión se exige que el funcionario se concrete con los interesados privados para defraudar al Estado. En otras palabras, el conflicto de intereses se manifiesta en el acuerdo bilateral. Por su parte, en el delito de negociación incompatible el tipo penal no exige una concertación, es decir, la bilateralidad no es requerida. Por el contrario, lo que se desvalora es el conflicto de intereses unilateralmente manifestado. Esta postura ha sido recogida jurisprudencialmente.

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010 del 7 de noviembre de 2011 Caso Cofopri**

"(…) la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. (…) [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública (…) es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcionarial, sin que medien actos de concertación".

Por las razones señaladas, el delito de negociación incompatible tiene un carácter subsidiario respecto de aquellos otros que sancionen la conducta de priorizar intereses privados por encima de los estatales, en un marco contextual de contrataciones públicas o cualquier otra operación económica donde el Estado esté involucrado. En este sentido, la negociación incompatible sería subsidiaria respecto del delito de colusión. Y es en este sentido que se daría un concurso aparente entre ambos delitos.

**CUADRO 5. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE. RESOLUCIÓN DEL CONCURSO**

| DELITO | SIMILITUDES | DIFERENCIAS | ¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO? |
|---|---|---|---|
| Negociación incompatible | • El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica donde el Estado participe como parte<br>• Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos | • La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado<br>• La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado) | Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva. Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio, o no existan indicios para suponer que el interés privado indebido se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado. |

## 4.6 El delito de colusión desleal

El delito de colusión desleal se encuentra tipificado en el artículo 384° del Código Penal de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 384°**

"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado 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".

"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".

### 4.6.1 El bien jurídico

El bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este.[350] Esta posición se encuentra respaldada parcialmente por la Ley de Contrataciones del Estado,[351] en su artículo 4°, que establece los principios que deben orientar la actuación de los funcionarios públicos en las contrataciones.

350 GUIMARAY MORI, Erick. "La tipificación penal del delito de colusión" En: *Boletín Anticorrupción*, N° 7, Octubre 2011, p. 4. Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

351 Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017.

Debe partirse de la premisa que afirma que la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos buscan satisfacer las necesidades y condiciones mínimas o básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este orden de ideas, no resultaría acertado considerar que el bien jurídico protegido de manera específica es el patrimonio estatal[352] pues, como se ha explicado, este no merece una protección especial frente al patrimonio de cualquier ciudadano. Además, el tipo penal plantea que la defraudación al Estado, por medio de la colusión, no necesariamente se da de modo patrimonial. Por ello, el legislador, en el primer párrafo del artículo 384° CP, se refiere a la concertación que busca defraudar al Estado en sentido amplio o general (modalidad de peligro), mientras que en el segundo alude específicamente a la defraudación al patrimonio del Estado, para lo cual aumenta el rango de pena (modalidad agravada).

## 4.6.2 Elementos problemáticos

### *El contexto típico*

Un primer elemento a ser analizado corresponde al contexto típico que exige el tipo penal para que se considere cometido el delito de colusión. El artículo 384° establece que el delito debe cometerse respecto a cualquier operación a cargo del Estado. Al respecto, la interpretación más adecuada sobre el contexto típico de este delito debe ser aquella que plantea que se puede cometer el delito de colusión en el marco de todo contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención o suscripción del Estado. Esta postura ha sido acogida también a nivel jurisprudencial, como puede apreciarse a continuación.

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010 del 7 de noviembre de 2012 Caso Cofopri**

"La Sala, (…) encuentra que el factor de comparación, de similitud, no necesariamente ha de limitarse o identificarse con los supuestos de una única norma, en este caso la invocada por la defensa: la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues como apunta Castillo Alva: *"(…) la doctrina remarca con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica*".

No es acertado, entonces, de cara a los fines de evitar impunidad en casos de corrupción, mantener una interpretación restrictiva del contexto típico en este delito por la cual se considere que podrá cometerse colusión cuando se trate de contrataciones establecidas solo en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Esto, además, es favorecido, por la nueva redacción del tipo penal que señala como ámbito de realización de la colusión "cualquier operación a cargo del Estado".

### *El sujeto activo*

Otro elemento que merece analizarse es el concerniente al sujeto activo en el delito de colusión. El tipo penal indica que el autor será aquel funcionario o servidor público que se colude interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo. Una interpretación restrictiva considera que el sujeto activo solo puede ser aquel funcionario o servidor que tenga como competencia suscribir el contrato. No obstante, la interpretación más adecuada sería una más extensiva que establece

352 Para mayor referencia sobre esta postura, recurrir a: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 407.

que el autor debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes etc. Es decir, no es necesario que este pertenezca específicamente al comité de selección o sea quien suscriba solamente el contrato. Esto se ve favorecido por la nueva redacción del tipo penal que señala: "El funcionario que interviniendo (…) indirectamente (…)". Lo penalmente relevante es que el funcionario tenga legitimidad para intervenir sobre la decisión acerca de quiénes serán los particulares beneficiados por la concertación ilegal.

### *Naturaleza del acuerdo colusorio*

Por otra parte, un elemento del delito de colusión que merece un análisis es el referido a las características que debe tener el acuerdo colusorio. El delito de colusión implica una relación bilateral que se ve reflejada en el acuerdo colusorio que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado. Siendo esto así, en primer lugar, el sujeto activo y el particular interesado deben celebrar un acuerdo colusorio, que, se entiende, debe ser subrepticio o clandestino dado que tiene un fin ilícito y con el que se busca defraudar al Estado. Así también lo ha entendido la jurisprudencia.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 027-2004, en el expediente N° 20-2003 emitida el 1 de octubre de 2004**

"El delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero".

En segundo lugar, la concertación debe darse de manera dolosa, en vista de que el funcionario público privatiza dolosamente o con conocimiento su actividad funcionarial, representando más los intereses particulares que los del Estado.[353] En tercer lugar, en tanto la conducta típica "concertar", según el tipo penal, debe darse "para defraudar al Estado", el acuerdo colusorio debe ser idóneo para defraudar los intereses del Estado.

### *Prueba de indicios del acuerdo colusorio*

Un último punto relevante sobre el acuerdo colusorio, justamente por su naturaleza subrepticia o clandestina, necesita de diversos indicios para poder ser probado judicialmente. Algunos aspectos sintomáticos que deberían ser tomados en cuenta para sospechar de la posible comisión de un delito de colusión son la regularización posterior al contrato, elegir sin justificación el monto más alto que el Estado deba pagar a cambio de la prestación de bienes y/o servicios, la sobrevaluación desproporcionada de bienes, la aceptación de bienes o servicios en mal estado, la multiplicidad de normas de contratación estatal infringidas, etc.

### *Naturaleza de la colusión*

Un último elemento problemático a comentar es el referido a la naturaleza del delito de colusión. Según una redacción anterior del tipo penal en cuestión, el delito exigía que la concertación ilegal genere una defraudación al Estado. Una redacción anterior al texto vigente señalaba lo siguiente: "*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, (…)*.[354] Como puede apreciarse, en este caso se exigía el resultado lesivo de defraudar al Estado. Sin embargo, con

353 MONTOTA VIVANCO, Yvan. "Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal peruano". En: *Actualidad Jurídica*, N° 171, p. 100.

354 Artículo 1° de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011.

la redacción actual se puede afirmar que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo sino que el delito de colusión es un delito de peligro abstracto ya que la conducta típica es concertarse para defraudar al Estado. Nuestra jurisprudencia ya había acogido anteriormente esta interpretación.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1296-2007, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria del 12 de diciembre de 2007**

"La defraudación, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación –que es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico– con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente sus recursos públicos".

Si bien esta jurisprudencia citada se refiere al patrimonio estatal como bien jurídico, conviene resaltar que, incluso para aquel sector de la doctrina y la jurisprudencia que considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio estatal, el delito de colusión sería un delito de peligro pues no debe exigirse un resultado efectivo para ver consumada la conducta delictiva. Bajo la redacción actual, la conducta típica es coludirse o concertarse ilegalmente con la finalidad de defraudar al Estado. Es suficiente con probar el acuerdo colusorio para que el delito se encuentre consumado. No siendo necesario un perjuicio económico ni una defraudación a los intereses estatales en general.

### 4.6.3 Problemas concursales

El delito de colusión desleal puede presentar un problema concursal respecto al de negociación incompatible. Como ha sido explicado ampliamente en el acápite referido al delito de negociación incompatible, el problema concursal entre estos dos delitos se resuelve según lo señalado en el siguiente cuadro:

**CUADRO 6. DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y DE COLUSIÓN. RESOLUCIÓN DEL CONCURSO**

<table>
<tr><th>DELITOS</th><th>SIMILITUDES</th><th>DIFERENCIAS</th><th>¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?</th></tr>
<tr><td>Negociación incompatible</td><td rowspan="2">• El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte<br>• Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos</td><td>• La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado<br>• La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado)</td><td rowspan="2">Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva. Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio, o no existan indicios para suponer que el interés indebido privado se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado.</td></tr>
<tr><td>Colusión</td><td>• En la negociación incompatible la conducta típica es solo interesarse<br>• La negociación incompatible tiene un carácter unilateral</td></tr>
</table>

## 4.7 El delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias se encuentra tipificado en el artículo 400° del Código Penal. Dicho dispositivo legal establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 400º DEL CÓDIGO PENAL**

"El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años".

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

El delito de tráfico de influencias sanciona a aquel que, a cambio de un beneficio, ofrece interceder o influenciar ante un magistrado, fiscal u otro funcionario con potestades jurisdiccionales (en sentido amplio), invocando tener influencias sobre sus decisiones.

Antes de pasar al análisis del bien jurídico protegido, es de notar que esta figura delictiva presenta una modalidad básica (primer párrafo del artículo) y otra modalidad agravada (segundo párrafo del artículo). La primera, constituye un delito común, mientras que la segunda, un delito especial en virtud de la exigencia de la calidad de funcionario público del sujeto activo.

En lo que respecta a la modalidad agravada del tráfico de influencias, cabe resaltar que el sujeto activo, a diferencia de la modalidad básica, tiene una especial vinculación con el bien jurídico protegido, pues se encuentra dentro de la estructura de la administración pública, lo cual le da acceso especial para perturbar el bien jurídico.[355]

### 4.7.1 El bien jurídico específico

La determinación del bien jurídico protegido por esta figura delictiva no ha sido un tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia penal.[356] Principalmente, se pueden identificar dos posturas teóricas sobre el particular:

- **Teoría del "prestigio o buena imagen de la administración pública":**[357] Sostiene que el bien jurídico específico del delito sería el "prestigio o buena imagen de la administración pública". Esta teoría es criticada, porque el objeto de protección no encaja con el modelo de administración pública que un Estado social de Derecho como el peruano posee, que plantea una concepción de la administración pública centrada en la relación función pública-ciudadano.[358] La administración pública (o su prestigio) no puede ser objeto de protección en sí, sino que se protege en tanto constituye el medio a través del cual el Estado realiza su labor social prestacional.

355 Para mayor abundamiento ver el acápite referido a los delitos especiales.

356 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. pp. 782-786, quien describe las distintas posiciones sobre el objeto de protección del tráfico de influencias.

357 En el contexto español ver: MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (director). Tomo III. Aranzadi: Navarra, 2005, p. 2154 y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 981; y en el contexto nacional ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 785.

358 Esta crítica también es apuntada por MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA, Loc. cit. aunque su interpretación de *lege ferenda* hace que se considere que este delito deba ser derogado, y en el plano nacional por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 524.

- **Teoría de "la imparcialidad de la función pública" o el "patrimonio personal":**[359] Según esta teoría, no existe solo un bien jurídico protegido en la figura de tráfico de influencias, sino dos: La imparcialidad de la función pública y el patrimonio personal. En la modalidad de tráfico de influencias reales se pondría en peligro el principio de imparcialidad funcionarial, mientras que en la de tráfico de influencias simuladas lo que se ataca es el patrimonio personal.[360]
- **Teoría de la imparcialidad:** Según esta teoría, el único bien jurídico protegido por todas las modalidades de tráfico de influencias es el principio de imparcialidad funcionarial. La imparcialidad se vería menoscabada en la medida en que el vendedor de influencias pone en peligro (concreto o abstracto) con su actuación la del desempeño imparcial del cargo del funcionario con potestades jurisdiccionales. Esta es la posición más acertada para los autores de este manual.

Es de notar que el tráfico de influencias protege a la "imparcialidad de la función pública", pero frente a atentados lejanos o remotos; es decir, este delito es uno de peligro abstracto.[361]

**JURISPRUDENCIA**

**Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima del 10 de noviembre de 2004 recaída en el expediente N° 023-2001**

"[El tráfico de influencias] *constituye una figura autónoma, protegiendo como bien jurídico específico la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública, si bien se admite siguiendo posiciones de la doctrina que se constituye en un adelanto de la barrera de protección penal (…)*".[362]

## 4.7.2 Elementos problemáticos

En lo que respecta a los elementos problemáticos que presenta este delito, es pertinente exponer y analizar lo referido a los funcionarios destinatarios de la intervención ofrecida y la responsabilidad penal del comprador de influencias (interesado).

### *Funcionarios destinatarios de la intervención que se ofrece*

El tipo penal de tráfico de influencias señala que la intervención que ofrece el autor debe ser ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, por lo que se plantea la problemática de delimitar quiénes son dichos funcionarios ¿Qué características especiales deben tener aquellos funcionarios destinatarios de esta intervención?

Se ha señalado sobre el particular que no cualquier funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades

359 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 525.

360 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 525. En un sentido similar SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 33 y ss., aunque ellos señalan de *lege ferenda* que la modalidad de "influencias simuladas" debe ser eliminada, por lo que no consideran digno de protección penal por este precepto al "patrimonio personal".

361 Cfr. SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA. Op. cit. p. 38 y ss, aunque refiriéndose solamente a la modalidad de tráfico de influencias "reales".

362 BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y José Antonio NOLASCO VALENZUELA. *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción (corrupción gubernamental)*. Tomo II. Lima: Palestra, 2006, pp. 955-956.

jurisdiccionales.[363] Es decir, el funcionario sobre el que se ofrece interceder debe tener bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo.

**EJEMPLO**

No puede ser destinatario de la intervención un asistente administrativo de un juez, en tanto aquel no detenta facultades de tomar decisiones jurisdiccionales en un proceso judicial.

Sobre este punto, cabe realizar dos precisiones:

- Cuando nos referimos a funcionarios con potestades o facultades jurisdiccionales debe entenderse la jurisdicción en sentido amplio; es decir, se incluyen además de los jueces o tribunales, a los fiscales por ejemplo.[364]
- El momento de la intervención ofrecida puede referirse a cualquier etapa del proceso, no solamente en la etapa decisoria final.[365] La utilización del término *"haya conocido"* permite interpretar que la intervención ofrecida puede referirse a una etapa post decisoria incluso.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 11-2001-LIMA del 23 de julio de 2003**

"(…) debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400° del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo (…)".[366]

### *La responsabilidad del comprador de influencias o interesado*

Otro tema problemático de este delito es el referido a la responsabilidad de la persona que compra la influencia (interesado) o que entrega la ventaja, donativo o beneficio al traficante de influencias.

En principio, habría que decir que el delito de tráfico de influencias es un "delito de intervención necesaria" o "plurisubjetivo",[367] dado que su redacción típica exige la intervención de más de una persona para la configuración del delito. En específico, es un "delito de encuentro", ya que se requiere que las intervenciones de los sujetos se den desde direcciones diferentes y de manera complementaria. En este sentido, siendo coherentes con lo expresado en el acápite 2.4 sobre la problemática de los delitos de encuentro, el comprador de influencias o interesado responderá

363 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 795.

364 Ibídem.

365 Ibídem.

366 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 364.

367 Ver al respecto el punto 2.4 del presente manual.

penalmente como partícipe del delito, siempre que su intervención suponga una creación desaprobada de riesgo para el bien jurídico (supere el riesgo penalmente permitido).[368]

De cualquier forma debe quedar claro que, de ninguna manera, el interesado o comprador de influencias es la víctima del delito,[369] dado que, como ya hemos mencionado, el delito de tráfico de influencias tiene como bien jurídico protegido la "imparcialidad de la función pública". Este es un bien de naturaleza institucional que no es de titularidad del interesado, por lo que este no puede ser considerado como víctima del delito.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1552-2003-SANTA del 9 de agosto de 2004**

"(…) resulta obvio que conviviendo la procesada con el asesor presidencial durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó dos meses, y por ende era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona y, como era de conocimiento público, de que era el jefe de facto de la referida entidad estatal, es por ello que aprovechando la especial situación en la que se encontraba, al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtenerse las resoluciones judiciales favorables a su hermano y tío político, lo que en efecto así sucedió".[370]

## 4.7.3 Problemas concursales

En lo que respecta a los problemas concursales que puede presentar este delito, es pertinente analizar lo referido al concurso con el delito de estafa y al concurso con el delito de cohecho activo.

### *Problema concursal con el delito de estafa*

Se podría pensar que cuando estamos ante la modalidad de tráfico de influencias simuladas (en la modalidad de "recibir" o "hacer dar") se presentaría un problema concursal con el delito de estafa, dado que los elementos típicos de ambos serían el engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio patrimonial.[371] No obstante, debe tenerse presente que el delito de estafa no podrá entrar a tallar aquí, puesto que, a nuestro juicio, la estafa no puede aplicarse a supuestos en los que el sujeto activo y el sujeto pasivo realizan negocios con causa ilícita.[372]

El delito de estafa no puede ser aplicado, dado que la conducta descrita en el tráfico de influencias da cuenta de un negocio ilícito entre comprador y vendedor de influencias, puesto que el acuerdo

368 Según ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 536, SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA. Op. cit. p. 64 y ss. y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. "La Responsabilidad Penal de los intervinientes en el tráfico de influencias. Especial referencia al interesado". En: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2004, p. 74, el aporte del interesado debería ir más allá del "mínimo necesario". Sin embargo, cabe mencionar que un sector de la doctrina nacional se ha mostrado más partidario de apreciar una inducción en la conducta del interesado antes que una complicidad [Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 804].

369 De la misma opinión es ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 536 y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit. p. 87 y ss, aunque refiriéndose solo a la modalidad de tráfico de influencias reales.

370 ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal. Op. cit. p. 365.

371 Reconoce estos elementos típicos en el delito de estafa GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y Walther Javier DELGADO TOVAR. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Lima: Jurista Editores, 2012. p. 977.

372 De esta opinión es ANTÓN ONECA citado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y otros. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 296.

entre ambos tiene como objetivo influir clandestinamente en un funcionario público para obtener una decisión favorable en un proceso.

En estos casos de negocios con causa ilícita, el delito de tráfico de influencias puede perfectamente aplicarse, puesto que lo que se pretende proteger trasciende el ámbito privado de negociación comercial. El objeto de protección aquí se identifica con la "imparcialidad de la función pública", mas no con el patrimonio personal del interesado (bien jurídico protegido en la estafa). Como ya se ha descrito anteriormente, el comprador de influencias no es el sujeto pasivo del delito.

**CUADRO 7. TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS Y ESTAFA. RESOLUCIÓN DEL CONCURSO**

<table>
<tr><th>DELITO</th><th>SEMEJANZA</th><th>DIFERENCIA</th><th>¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?</th></tr>
<tr><td>Tráfico de influencias simuladas en la modalidad de "recibir" o "hacer dar"</td><td rowspan="2">• Presencia de engaño, error, disposición patrimonial, y perjuicio patrimonial</td><td>• El bien jurídico protegido es la imparcialidad de la función pública. Puede aplicarse en supuestos de negocios con causa ilícita</td><td rowspan="2">Se aplica solamente el delito de tráfico de influencias</td></tr>
<tr><td>Estafa</td><td>• El bien jurídico protegido es el patrimonio personal no puede aplicarse en supuestos de negocios con causa ilícita</td></tr>
</table>

### *Problema concursal con el delito de cohecho activo*

Un segundo problema concursal se presenta entre el delito de tráfico de influencias y cohecho activo.

En primer lugar, habría que dejar en claro que para la configuración del delito de tráfico de influencias no se requiere, en absoluto, que el sujeto activo (vendedor de influencias) se ponga efectivamente en contacto con el funcionario público que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo. Es decir, basta para la consumación del delito que se llegue al acuerdo de intercesión, esto es, que el interesado acepte el ofrecimiento del traficante y entregue la ventaja pactada como contraprestación.[373] Por tanto, no existe obstáculo alguno para apreciar un concurso real de delitos (artículo 50° CP) cuando luego de la venta de influencias, el traficante de estas entregue algún beneficio para que el funcionario público resuelva de determinada manera el caso.[374] Aquí el vendedor de influencias respondería, en concurso real, como autor del delito de tráfico de influencias y como autor del delito de cohecho activo.

**JURISPRUDENCIA**

**Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2218-2005-AREQUIPA del 10 de abril de 2006**

"(…) El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias reales o simuladas –no se requiere el ejercicio efectivo de la influencias– (…)".[375]

373 Cfr. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit. p. 71.

374 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 537 y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit. p. 70.

375 Citada por GALVÁN RAMOS, Marcos Iván. p. 248.

**CUADRO 8. TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y COHECHO ACTIVO. RESOLUCIÓN DEL CONCURSO**

| DELITO | SEMEJANZA | DIFERENCIA | ¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO? |
|---|---|---|---|
| Tráfico de influencias | • En ambos delitos el tipo penal hace referencia a la actuación de un funcionario público. En el caso del tráfico de influencias se hace referencia a la actuación de un funcionario con facultad jurisdiccional, mientras que en el cohecho activo se hace referencia a la actuación de cualquier funcionario. | • No se requiere que el vendedor de influencias tenga contacto con el funcionario que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo | Posibilidad de apreciar un concurso real entre ambos delitos |
| Cohecho activo | | • Debe haber bilateralidad. Se exige que haya contacto entre particular (vendedor de influencia) que ofrece, da o promete dar dádiva o beneficio, y funcionario que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo. | |

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si el interesado o comprador de influencias es quien contacta al traficante para realizar el soborno ante el funcionario jurisdiccional (el cual efectivamente se produce), no se configurará un tráfico de influencias, sino únicamente un delito de cohecho activo, en donde el traficante responderá como autor y el interesado como instigador.[376]

376 Cfr. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Loc. cit.

CAPÍTULO 5

# Aspectos problemáticos en la investigación de los delitos de corrupción de funcionarios

## 5.1 Legitimidad del denunciante

Los medios de comunicación constituyen uno de los canales más frecuentes de acopio de *notitia criminis* en casos de corrupción de funcionarios. En estas ocasiones, la investigación se inicia de oficio ante la denuncia difundida por los medios de comunicación.

En muchos de estos casos, la gravedad de la denuncia involucra un interés público en el seguimiento del caso. Por eso, el tratamiento de la *notitia criminis* obtenida a través de este canal debe ser prioritario, a fin de legitimar la actividad del Ministerio Público.

Por otro lado, tenemos las *notitias criminis* obtenidas a través de funcionarios públicos que aún se encuentran laborando en una institución, lo que conlleva a privilegiar la reserva. Actualmente, se encuentra vigente la Ley de Protección al Denunciante, Ley 29542, que permite la recepción de denuncias en la Contraloría, así como el tratamiento reservado de la misma.

La Contraloría General de la República, a fin de implementar la Ley de Protección al Denunciante estableció el Sistema Nacional de Atención de Denuncias (SINAD), para brindar protección a su identidad y cautelar la confidencialidad de la denuncia. Según esta ley, aquellos funcionarios o servidores públicos que presenten una denuncia que sea admitida y calificada no podrán ser destituidos, despedidos o removidos del cargo como consecuencia de la denuncia.

Por último, existe un vasto grupo de casos de delitos de corrupción de funcionarios que se inician por denuncia de parte, ya sea de un procurador público especializado o de un ciudadano.

Sin embargo, es claro que el denunciante en los casos de delitos de corrupción de funcionarios –que no ha sido agraviado directamente con un hecho de corrupción– no ostenta ningún interés legítimo en estos casos para el seguimiento de la denuncia. Más aun cuando los intereses del Estado se encuentran representados por el procurador público especializado.

De ese modo, se han presentado muchos casos donde el denunciante "X", vecino de la localidad "Y", denuncia a su alcalde por presuntos actos de colusión y ante un archivo de la denuncia comunicada al procurador público, pretende tener legitimidad para impugnarla aunque el Código Procesal Penal de 2004 señala que se debe comunicar la decisión final al denunciante, en estos casos donde existe defensa jurídica del Estado se debe tener en cuenta el agravio para conceder el recurso impugnatorio a un particular.

## 5.2 Gestión de denuncias

La aplicación del Código Procesal Penal de 2004 ha generado la necesidad de gestionar debidamente los casos. De esta manera, y para optimizar la utilización de recursos, los casos deben filtrarse con el fin de rechazar preliminarmente aquellos que no tienen contenido o relevancia penal. Con una real selección de casos, se mantiene la carga de trabajo no solo del Ministerio Público sino de todo el sistema de administración de justicia.

En principio, no se puede ni se deben investigar todas las denuncias. El principio de legalidad procesal penal como un principio de persecución penal pública de todos los delitos no se puede sostener en la actualidad de modo absoluto, pues la realidad demuestra que esto es imposible.

Por una parte, debido a la inflación penal que acontece, donde cada vez más existen hechos que son criminalizados y, por otra parte, por el congestionamiento o colapso del sistema judicial que no puede atender todos los casos.

Esta situación conlleva a flexibilizar el principio de legalidad con la introducción del principio de oportunidad, que se convierte así en una vía de descriminalización, permitiendo la aplicación de "salidas alternativas", para evitar continuar con un proceso penal. Sin embargo, en el ámbito de los delitos contra la administración pública, la aplicación del principio de oportunidad no es conducente, toda vez que nos encontramos con casos que no pueden ser subsumidos en los supuestos del artículo 2° del Código Procesal Penal.[377]

Sin embargo, antes de continuar, es preciso señalar que la desestimación o archivo de una denuncia no involucra, exclusivamente, criterios de oportunidad, porque dentro del principio de legalidad se presenta un primer filtro de selección que nos permite identificar casos que no se pueden ni deben ser investigados.

El principio de legalidad procesal, entendido como aquel que establece la persecución penal pública para todos los delitos, exige un primer nivel de análisis del caso: verificar que el hecho constituya delito, que la acción penal se encuentra expedita, así como las posibilidades reales de identificar al autor.[378]

De esta manera, al enterarnos de algunas denuncias a través de una noticia, esto nos revela que:

- **El hecho no sea delito o no sea perseguible por acción pública o que esta se encuentra extinguida**

  Muchas de las noticias criminales que llegan a los despachos fiscales no son perseguibles penalmente y para verificarlo basta con leer la denuncia o pedir alguna información. Por ejemplo, a veces se requiere verificar, simplemente, que la acción penal para el delito se ha extinguido por prescripción o que no se trata de uno "perseguible" por acción pública. Estas situaciones merecen el archivo o desestimación desde el momento de la denuncia y, en el peor de los casos, desde los primeros actos de investigación.

  En el sistema de las fiscalías anticorrupción se encuentran, por ejemplo, denuncias de vecinos contra autoridades que no atienden con prontitud sus trámites, sin que medie noticia de un acto de corrupción o retardo doloso, por lo que estos deben ser desestimados.

- **No exista la posibilidad de investigar con éxito un hecho**

  Estas son las noticias de casos sin antecedentes y sin futuro. Por ejemplo, centenas de partes policiales que informan sobre hurtos de casas deshabitadas sin que nadie pueda dar características de los autores. En estos casos no hay ninguna esperanza concreta de que se esclarezcan los hechos, por lo que no es conveniente "ampliar las investigaciones" ya que esto conlleva a un desgaste innecesario de los recursos.

  En el caso de delito contra la administración pública tenemos el caso de traficantes de influencias no identificados por nadie, de solicitudes de dinero de supuestos funcionarios a través de llamadas telefónicas hechas desde cabinas públicas, etc.

377 El artículo 2° del Código Procesal Penal que establece el principio de oportunidad limita su aplicación para casos que no afectan el interés público, salvo que el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años o hubiesen sido los cometidos por funcionarios públicos.

378 El artículo 334.1 CPP, señala que si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notificará al denunciante y al denunciado. Además, y en concordancia con artículo 336.1 CPP, la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria se realizará si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad.

Sin embargo, este tipo de noticias son *útiles* al sistema judicial pues sirven como base de datos para estudiar los comportamientos delictivos y las zonas de incidencia de delitos, destinadas a la labor de prevención.

## 5.3. La búsqueda de la verdad en los delitos contra la administración pública

### 5.3.1 Algunos aspectos problemáticos de incorporación de prueba

El Código Procesal Penal peruano, en su artículo 321°, señala que la investigación preparatoria tiene por finalidad esclarecer los hechos, reuniendo los elementos de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir la acusación y al imputado preparar su defensa. Asimismo, establece que *"tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado"*.

En los delitos contra la administración pública la búsqueda de la verdad presenta algunas particularidades, descritas a continuación:

#### *Delito sin escena*

La mayor parte de denuncias por delitos de corrupción de funcionarios no nos permite identificar físicamente una escena del delito, salvo algunos casos de flagrancia.

Más aún las diferentes acciones que se requieren para configurar un delito, conlleva a que existan diversos hechos que se realizan en forma secuencial, en diferentes espacios y por diferentes personas.

Ello impide que, generalmente, se pueda contar con una escena donde aplicar las técnicas de recojo de elementos de prueba y "perennización".

Estratégicamente, se deben, y sin perjuicio de lo anterior, identificar espacios físicos para el recojo de información en los que sea posible utilizar los mecanismos establecidos en el ordenamiento peruano como el aseguramiento de los documentos, la incautación cautelar, la clausura, vigilancia del local, etc.

#### *Documentos obtenidos en forma anónima*

Es común que algunos ciudadanos que han tenido conocimiento de actos de corrupción quieran entregar diversa documentación a las autoridades, sin que tengan la intención de involucrarse en la investigación; haciendo llegar diversa documentación a las autoridades de manera anónima.

El Código Procesal Penal peruano señala, en su artículo 184.3, que *"los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados al proceso ni utilizados en modo alguno, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado"*.

Por esto, hay que diferenciar documentos "*que contengan*" declaraciones anónimas de aquellos documentos "*obtenidos*" de forma anónima.

Básicamente, es un exceso extender la prohibición de utilización de los primeros a los obtenidos de forma anónima, puesto que la prohibición del uso de declaraciones anónimas está sustentada en la falta de posibilidad de contradicción ya que no se conoce a la persona que sostiene algo.

Sobre los documentos obtenidos de forma anónima, se encuentran algunos casos que contienen declaraciones (como el supuesto de un video dejado en la fiscalía con un testigo sin identificar, sin rostro y cuya voz se altera) que no pueden ser incorporados y, otros, simplemente información (como entregar anónimamente, por ejemplo, fotos u oficios enviados de una institución, etc. que deben ser valorados en el proceso o también el caso de un acta de declaración de una persona identificada que es obtenida anónimamente).

Es importante sostener que "declaración" es toda manifestación expresa o exteriorización del pensamiento, en todas sus posibles formas, también por escrito como sería el caso del acta de un interrogatorio de un anónimo. En este supuesto, dado que no es posible conocer a la persona y, por consiguiente, contradecir dicho testimonio, su incorporación al proceso referido está proscrita.

Sin embargo, en el caso de objetos, aún cuando tengan la calidad de documento pero que no contengan declaración de persona alguna, estos no cobran vida ("no declaran"). Por consiguiente, son objeto de la valoración que se hará en su momento y su incorporación al proceso es válida.

Ahora, el hecho de su obtención anónima no exime al fiscal de ponerlo en conocimiento a las partes.

### *Documentos obtenidos de fuentes desconocidas*

En la investigación de delitos de corrupción de funcionarios, el papel de los medios de comunicación generalmente coadyuva a la investigación, otorgando datos, fotografías, videos, etc., cuya fuente en su gran mayoría no son revelados, dado el secreto profesional que les asiste.

Muchas veces los imputados intentan cuestionar los videos y fotografías alegando que se ha vulnerado su derecho a la intimidad y que, por consiguiente, dichos documentos constituyen prueba prohibida.

Sin embargo, la obtención de este tipo de imágenes o documentos debe ser contextualizada para establecer si ha existido una vulneración de derechos fundamentados en su obtención: Por ejemplo, si la fotografía ha sido obtenida en una reunión social y, por ende, el investigado ha cedido un espacio de privacidad no habría afectación del derecho a la intimidad.

Para proceder a la valoración conjunta de la prueba, se debe tener un criterio amplio que permita su incorporación, salvo que exista una evidente vulneración de derechos fundamentales.

### *Los informes de control*

En la investigación por delito contra la administración pública en muchas ocasiones nos encontramos con informes emitidos por la Contraloría General de la República. Una de las cuestiones a tener en cuenta es la naturaleza jurídica de este informe.

De conformidad con el inciso f) del artículo 15° de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, los informes emitidos como resultado de las acciones de control realizadas por la Contraloría, con el debido sustento técnico y legal, constituyen prueba preconstituida.

Al respecto, hay que señalar que la prueba preconstituida es aquella que preexiste al proceso penal, que es anterior a la actividad prejurisdiccional, se suele decir que son actos definitivos e irreproducibles, que pueden ser incorporados directamente al debate sin necesidad de repetirlo en la investigación o de darle añadidos en el proceso y que no puede volver a repetirse en las mismas condiciones en las que se hizo.

En general, la incorporación como prueba preconstituida de los informes de control en el marco del nuevo modelo procesal no es tomada en cuenta en la investigación, precisamente porque este carácter de prueba *preconstituida* es virtual y no real.

De esa manera, no puede tomarse como un documento definitivo, como sería en el caso de un acta de levantamiento de cadáver, puesto que las condiciones y el periodo de tiempo en que se realizó requiere muchas veces que los auditores lo "mejoren" en el curso de las investigaciones (con informes complementarios, con documentación de "papeles de trabajo", etc.). Asimismo, tampoco puede señalarse como un documento irreproducible, dado que las condiciones en las que se realizó no son únicas.

Este carácter *virtual* de los informes de control, es decir solo porque la ley lo señala, trae entonces problemas en su incorporación, puesto que la dinámica de la persecución y de la defensa, más aun

con el modelo del nuevo código, requiere un entendimiento cabal del mismo e incluso ampliaciones según las hipótesis de la investigación, lo que contraviene su presunta naturaleza definitiva.

Actualmente, no se puede afirmar que los informes de control sean incorporados como prueba preconstituida, asimismo atendiendo a la dinámica del juicio oral, que privilegia los medios de prueba, los auditores son invitados a sustentar su informe, por lo que tampoco se podría afirmar que la valoración de estos documentos se hacen en calidad de prueba preconstituida.

En la jurisprudencia peruana, la valoración de los informes como prueba preconstituida, tampoco ha sido uniforme. Así, existen decisiones que señalan que estos "*deben ser corroborados con un dictamen pericial contable completo*", pues si bien es cierto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control establece que "*se considera que los informes y/o dictámenes como resultado de una acción de control emitidos por cualquier* órgano *del sistema constituye prueba preconstituida para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar, es cierto también que la ley no precisa que los indicados informes sean implicantes y excluyentes para los efectos de que sirvan como* única *prueba determinante para llegarse a alguna determinación*" (Ejecutoria Suprema del 26 de abril de 2002 recaída en el expediente 1329-2001). Asimismo, en otra jurisprudencia se consideró que un informe de control "*no puede considerarse prueba plena y definitiva, puesto que el juez, en su condición de director del proceso, puede incorporar otros medios probatorios a fin de corroborar si fuere el caso, para llegar a una certeza legal para definir la situación jurídica del imputado*" (Recurso de Nulidad, expediente Nº 2554-2004, del 1 de febrero de 2005).

Por último, otras resoluciones judiciales han señalado, además, el carácter de pericia institucional preprocesal del informe especial emitido por la Contraloría General de la República *"y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente acompaña la prueba instrumental que justifica sus conclusiones, por lo que en principio es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia"* (Recurso de Nulidad Nº 3700-2005-UCAYALI del 7 de diciembre de 2005).[379]

Por otro lado, el artículo 321.2 del Código Procesal establece el apoyo que debe brindar el Sistema Nacional de Control, por lo que la Contraloría General de la República puede emitir informes a solicitud del Ministerio Público y no esperar la expedición de una acción de control.

Al respecto, y en aras de hacer más eficiente la labor del Ministerio Público, el Poder Judicial y la Contraloría General de la República, estas instituciones han suscrito un Protocolo de Actuación Conjunta (2012), que contempla tres escenarios:

- Los hechos comprendidos en una acción de control no vinculados a una investigación penal. En este caso, la Contraloría General de la República emitirá un informe técnico e institucional de carácter oficial que contará con el desarrollo mínimo de los elementos objetivos y subjetivos del delito, la prueba sustentatoria respectiva y la cuantificación del perjuicio económico ocasionado al Estado en los casos que corresponda.
- Hechos vinculados a investigación penal no comprendidos a una acción de control. En este caso, el Ministerio Público podrá solicitar a la Contraloría General de la República la pronta verificación de los hechos de interés de una investigación fiscal. Como resultado de esta, la Contraloría General de la República emitirá un informe técnico e institucional de carácter oficial.
- Hechos comprendidos en una investigación penal o relacionados a una acción de control. La Contraloría por requerimiento expreso del representante del Ministerio Público podrá formular, excepcionalmente y previa coordinación, reportes de avance de la acción de control.

379 Jurisprudencia Citada por CUMPA TORRES, Marco, *Apuntes sobre la prueba preconstituida*. En: http://www.monografias.com/trabajos61/prueba-preconstituida/prueba-preconstituida2.shtml#xnuestra. Asimismo resulta de interés el artículo publicado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida: La posición de la Corte Suprema al respecto". En: http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/control_guberna/2011/contgub_11_08.pdf

### *Cadena de custodia*

- En cuanto a la cadena de custodia, al igual que en todos los casos, debe observarse el Reglamento de Fiscalía de la Nación dictado con dicho fin, ello al igual que en todos los casos.[380]
- Sin embargo, se debe tener en cuenta que, en casos de corrupción, muchos elementos de prueba no son los mismos que para los casos llamados comunes, por lo que se requiere contar con la asistencia técnica correspondiente, como cuando se está frente a elementos informáticos o tecnológicos, etc. En este tipo de casos se requiere soporte adecuado para su cautela, que permita el recojo y rotulado pertinente.[381]
- En el caso de documentación contable y financiera, si esta no ha sido entregada voluntariamente por sus tenedores y ha tenido que ser objeto de incautación, por ejemplo, igualmente debe cautelarse la cadena.

## 5.3.2. Prueba y valoración probatoria

### *Prueba prohibida*

El Código Procesal Penal peruano ha recogido la prohibición de valorar la prueba ilícitamente obtenida. El artículo VIII TP CPP, señala que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo y seguidamente agrega que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Se diferencian dos niveles de ilicitud en la incorporación de la prueba, por violación de formalidad procesal *(prueba irregular)* y la ilicitud en la obtención de la prueba con violación de los derechos fundamentales *(prueba prohibida)*.

La prueba prohibida o ilícitamente obtenida es aquella que directamente se origina con la vulneración de derechos fundamentales y también la que indirectamente se origina en la ilicitud realizada (efecto reflejo de la regla de exclusión). Esto último, es lo que se conoce como: *The fruit of the poisonous tree doctrine*, o teoría del árbol envenenado, esta señala que si la raíz del árbol está envenenada, los frutos también lo están.

La necesidad de proteger los derechos fundamentales constituye un límite a la actividad de búsqueda de verdad por parte de la administración de justicia y, en especial, de los órganos persecutores del delito, es decir, de los fiscales y de los policías. Sin embargo, qué sucede cuando se han realizado actos de investigación vulnerando derechos fundamentales.

El sistema de prohibición de prueba en el Perú se encuentra dirigido a proteger derechos fundamentales, por lo que, en principio, existe el derecho del procesado que le permite excluir la prueba que vulnere estos derechos y que impide al juzgador valorarla.

Así, el Código Penal peruano sentencia que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, ya sea directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

El contenido esencial de un derecho es un concepto que se encuentra en Ley Fundamental de Bonn (Alemania), que limita la labor del legislador para respetar los derechos fundamentales y que ha sido importado y recibido en diversos ordenamientos, como un límite a toda actividad que pueda vulnerar derechos fundamentales.

---

380 Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados (Aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006). En: http://www.mpfn.gob.pe/ncpp/files/a22e66_codigo_reglamento_cadena.pdf.

381 De modo práctico, para el copiado de información se puede utilizar DVD no regrabable que no permite la modificación de datos.

El concepto de *contenido esencial* es materia de amplios estudios, ya sea que se adopte la posición de que el contenido esencial es *absoluto,* esto es que siempre existe un ámbito intangible que es el límite, o que se adopte la posición que el contenido esencial es *relativo,* en este caso se recoge la tesis de que la ponderación resulta necesaria a efectos de determinar la validez del mismo.

El Tribunal Constitucional peruano, recoge la tendencia de que en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, estableciendo que; aquello que constituye o no el contenido esencial de un derecho, solo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, aplicando el test de proporcionalidad.[382]

### *Objetivos de la exclusión de la prueba*

Es necesario diferenciar que en el sistema norteamericano la exclusión de prueba ilícitamente obtenida *(exclusionary rule*) tiene un objetivo diferente, pues su finalidad es prevenir desviaciones o excesos (*deterrent effect*) del accionar policial, a fin de evitar la realización de estas conductas ilícitas.

Resulta de suma importancia, a la hora de establecer posibles excepciones, señalar esta diferencia respecto al objetivo de la institución en cada sistema, que se podrían presentar en la valoración de la prueba ilícitamente obtenida, pues estas tienen que responder a sus fines.

Así, en Estados Unidos, se han desarrollado diversas excepciones a la regla de la exclusión cuando no correspondan al objetivo de prevenir las malas prácticas policiales como:

- **Buena Fe**

  Cuando la policía realiza un acto en la creencia de que lo hace legalmente, por ejemplo, al ingresar a un domicilio y obtener evidencias creyendo que tiene una orden judicial para ese inmueble, la misma que ha sido revocada.

- **Descubrimiento inevitable**

  Cuando el elemento de prueba hubiera sido obtenido inevitablemente con el accionar policial legal. El ejemplo típico es que "X" en una confesión ilegal reveló el paradero del cuerpo de su víctima, cuando la actividad policial se encontraba peinando la zona que incluía el lugar donde se encontraba el cuerpo.

- **Nexo casual atenuado**

  Cuando la prueba no se hubiera obtenido de no producirse la lesión del derecho fundamental. Un ejemplo típico es el allanamiento ilegal donde se detiene a "X" por posesión de droga, quien inculpa a "Y" de la venta y a quien también se le encuentra droga y quien a su vez inculpa a "Z" que es detenido. Días después y en libertad, "Z" confiesa voluntariamente, lo que nunca hubiera hecho de no haber sido detenido.

Si bien nuestro sistema de prohibición de prueba no tiene por objetivo principal el "*deterrent effect*", ello no significa que al verificarse la violación de derechos fundamentales en las prácticas policiales, los fiscales dejen de estar pendientes respecto a la responsabilidad funcional y/o penal de los efectivos policiales en estos hechos.[383]

### *Las excepciones del sistema peruano*

Atendiendo a los fines del sistema de prohibición de prueba adoptados, esto es, como un límite al poder persecutor para garantizar los derechos fundamentales y valores constitucionales, se pueden señalar, en principio, como excepciones que permitan valorarla, las siguientes:

382 http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html

383 Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. En: http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1971/5.pdf.

- Fuente independiente o falta de nexo causal: En este caso no existe causa-efecto entre la lesión del derecho fundamental y la evidencia obtenida, por lo que esta tiene todos sus efectos. Como ejemplo, si se excluyen las huellas digitales de un imputado conseguidas tras una detención ilegal, pero se admiten las huellas digitales del mismo que se encontraban en los archivos policiales.
- Inobservancia constitucional a favor del imputado: Se señala, en el artículo VIII.3 del Nuevo Código Procesal Penal, que la inobservancia de cualquier garantía constitucional a favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio. Se admite bajo esta garantía que la prueba ilegalmente obtenida pueda ser utilizada a favor del imputado.
- Criterios de ponderación de intereses: De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se recurre al principio de proporcionalidad, pues el contenido esencial de un derecho, solo puede determinarse en cada caso concreto, por lo que no puede ser descartada la utilización e importación de otras excepciones siempre que respondan a los fines del sistema de protección constitucional.

Esta manera de resolver los conflictos entre los derechos individuales y el interés estatal en la persecución de delitos ha sido denominada "doctrina de la ponderación de intereses". En Estados Unidos tiene su expresión en el *balancing test,* que consiste en contrapesar los bienes jurídicos de acuerdo con las circunstancias del caso para determinar cuál "pesa" más: el interés público de un tema que puede ser relevante en un proceso penal o el derecho individual, sacrificando uno de estos.

La jurisprudencia será la que desarrollará caso a caso, cuando nos encontramos ante la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales en la búsqueda de pruebas, por lo que el desarrollo jurisprudencial puede incluir la utilización de las diversas teorías como nexo causal atenuado, buena fe, descubrimiento inevitable, prueba ilícita para terceros, aportación de pruebas de particulares, delaciones que se realicen fuera del proceso, etc. Siempre que ello se justifique por la mayor importancia de otros valores o derechos constitucionales, pues esta es la finalidad del sistema de pruebas que hemos utilizado. Por tanto, la utilización del test de proporcionalidad, conllevará la construcción de una doctrina nacional propia en materia de prueba prohibida.

#### *Audiencia de tutela y exclusión de prueba*

Actualmente, conforme lo ha señalado el Acuerdo Plenario N° 04-2010, la audiencia de tutela constituye uno de los momentos procesales de exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente. Dado que todavía en una investigación preliminar se puede acudir al juez en vía de tutela, los cuestionamientos a la incorporación de la prueba pueden ser muy prematuros.

Ello, aunado a que en la práctica no existe una evaluación liminar de las solicitudes de exclusión probatorias, por lo que se realizan audiencias en casos manifiestamente improcedentes con la consiguiente pérdida de tiempo y recursos.

Por ejemplo: La audiencia de tutela para excluir la declaración del imputado brindada en la sede policial pese a que esta es una entrevista de datos personales y la persona a quien comunicar la detención sin que exista narración o incriminación sobre los hechos.

### 5.3.3 El uso de las declaraciones recabadas en la etapa de investigación preparatoria y su valoración probatoria

#### *5.3.3.1 Declaraciones previas*

La declaración previa procesal es entendida, en nuestro medio, como toda declaración que ha sido recibida a lo largo de la investigación preliminar o preparatoria, ya sea del imputado o testigo. La confesión como medio de prueba es un tipo especial de declaración previa procesal.

Diferenciamos la declaración previa procesal de la extraprocesal, que es aquella recibida en cualquier circunstancia como declaraciones en medios de comunicación, en eventos públicos, etc.; cuyo tratamiento excede a esta nota.

Las instrucciones previas a la declaración del imputado se encuentran expresamente reguladas en el nuevo código procesal penal, lo que constituye un avance en el respeto a la libertad de declarar, por lo que, una vez realizado conforme a las reglas de dicho ordenamiento, no debiera existir ningún impedimento en relación a su actuación en el juicio oral.

Si bien la práctica habitual de los tribunales peruanos ha sido permitir el uso de las declaraciones previas de los imputados al acto del juicio oral, una nueva práctica se está extendiendo entre los jueces de Juzgamiento de Lima que aplican el nuevo Código Procesal Penal de 2004, al no permitir su introducción sustentada en la afectación del derecho a la no incriminación.

Al respecto, la utilización de una declaración previa procesal del imputado en el acto de juicio oral, no afecta el derecho a la no incriminación, ya sea en el modelo del CPP de 1940 como en el modelo del Nuevo Código Procesal Penal de 2004.

Ello, en razón de que el ámbito de la protección de este derecho se encuentra referido a la libertad de declarar, básicamente a no ser obligado a introducir alguna información en su contra, es decir el imputado no está obligado a colaborar con su propia condena.

De esta manera, no se puede sostener que la presentación de diversas declaraciones procesales previas al juicio que ha brindado el procesado, constituyan una vulneración a este derecho, pues no significa que se obliga a declarar sobre los mismos, manteniéndose incólume su derecho a guardar silencio.

Cabe recordar, que el respeto al derecho a la no incriminación es indiferente al modelo procesal vigente, es decir, es de aplicación tanto con la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 como en el caso del Código Procesal Penal de 2004. Para ello, debe constar un recuento del tratamiento de las declaraciones previas en ambos modelos:

> En la sentencia contra Alberto Fujimori, dictada bajo las reglas del CPP, se ha señalado que:
>
> "La Fiscalía solicitó que se incorpore como material documentado utilizable las diversas declaraciones realizadas por Vladimiro Montesinos Torres en sede congresal, fiscal y judicial, cuando optó por declarar (…)".

Pero, ¿significa esto último que no puedan utilizarse las declaraciones que Montesinos Torres ha podido brindar en otras sedes: congresales, fiscales y judiciales? La respuesta es negativa. Dichas declaraciones son plenamente valorables. Las manifestaciones que contienen serán objeto de análisis, individual y con el conjunto de la prueba actuada. El motivo por el cual estas se utilizan es la presencia de una causa excepcional e insubsanable derivada de la negativa a declarar de Montesinos Torres, que fue citado pero invocó su derecho al silencio. Es obvio que cuando un coimputado decide no declarar en uso de su derecho este es absoluto, pero una vez que lo hace en cualquier lugar –que declara– se entiende que ha renunciado al mismo y, por ende, su declaración puede utilizarse. La negativa a declarar, como es fácil colegir, deja a los abogados de las partes sin posibilidad de interrogar y contrainterrogar, pero esta conducta no es culpa del Estado o del tribunal, que lo llama, sino de Montesinos Torres que se niega a hacerlo. Por tanto, el tribunal ha cumplido con su obligación al citarlo para someter a contradicción simultánea su declaración; el derecho existió y se concedió, si bien el testigo se negó a declarar.

> "Las declaraciones de Montesinos Torres no fueron desconocidas por las partes y, en esas condiciones, por su contenido, era previsible que fueran invocadas por ellas en apoyo a sus pretensiones y resistencias, al punto que tenían la posibilidad cierta de ofrecer evidencia para cuestionarla, neutralizarla, o, en su caso, apoyarla (Fundamentos 82 y 83 de la sentencia)".

La reforma procesal penal instaurada en América Latina, incluyendo el Perú, dota al Ministerio Público de la facultad exclusiva de perseguir e investigar, además de introducir el formato de audiencia en el proceso penal. En el juicio oral, al igual que en el modelo anterior, se recoge la declaración del procesado y se pueden introducir el uso de las declaraciones previas del acusado en cualquier contexto, a efectos de establecer la verdad. Igualmente en este modelo, como bien señala Riego:

> "En principio, como regla general podemos decir que las declaraciones que el imputado haya formulado fuera del juicio sobre hechos relevantes en el mismo constituyen una información que puede ser incorporada al debate y, por supuesto, valorada por el tribunal en su fallo. Una declaración previa del imputado puede haber sido formulada en cualquier contexto, fuera o dentro del proceso, verbalmente o por escrito, en un ámbito público o privado, lo que la hace relevante en su vinculación con los hechos del juicio".[384]

Por su parte Baytelman y Duce, señalan en cuanto a los registros policiales, que el esfuerzo por excluir estas declaraciones se ha basado en la desconfianza. Sin embargo, beneficia a la defensa, en la medida en que le permite obtener declaraciones inconsistentes para el contraexamen de los policías. Por último, *"lo cierto es que prácticamente todos los sistemas acusatorios –aun los más garantistas– admiten el uso de declaraciones previas con estos fines"*.[385]

En cuanto a Chile, queda claro que la utilización de declaraciones previas son admitidas, aunque se haya señalado en alguna jurisprudencia que su lectura durante el juicio oral no constituye prueba sin embargo *"podrían servir de ayuda a los sentenciadores para restarle credibilidad a los testimonios dados en el juicio oral por los declarantes, siempre sobre la base de la existencia de otras pruebas"*.[386]

En el Salvador, de conformidad con el artículo 330° de su ordenamiento procesal se admiten:

> "Supuestos de declaraciones contradictorias de imputados, testigos y peritos en el juicio oral respecto de la declaraciones anteriores efectuadas durante la fase de instrucción; la inclusión de esta categoría entre las excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral obedece a la posibilidad de otorgar valor probatorio a las declaraciones realizadas antes del plenario que tengan para el tribunal, por múltiples razones, mayor verosimilitud que las realizadas en este".[387]

384 RIEGO, Christian. *La declaración del imputado en el juicio Oral*. Última consulta: 14/12/12. En: http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/19.pdf.

385 ANDRÉS BAYTELMAN A. y J. MAURICIO DUCE. *Litigación penal, Juicio oral y prueba*. Última consulta:14/12/13. En: http://www.procesal1catedra2.com.ar/sites/procesal1catedra2.com.ar/files/Apunte%20N%C2%B0I_0.pdf.

386 Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 12 de octubre de 2002.

387 GRANADOS REYES, Deysi Noemí, Lidia Teresa LEMUS FLORES y Guadalupe PORTILLO RIVAS. *Medios de Prueba*. En: http://www.isis.ufg.edu.sv/wwwisis/documentos/TE/344.046-G984c/344.046-G984c.pdf.

En el Perú, el artículo 393. 2 del Código Procesal Penal establece que *"el juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos"*.

Se podría afirmar que el principio de la valoración conjunta de la prueba exige al juzgador conocer las declaraciones contradictorias. Al respecto, el Tribunal Supremo español afirma:

> "En el caso de declaraciones contradictorias de acusados y testigos en el juicio oral y en declaraciones anteriores ante la policía o ante otras autoridades judiciales, el tribunal que dicta sentencia tiene la facultad, de acuerdo con el principio de valoración conjunta de la prueba, de conceder crédito a unas u otras, en todo o en parte, según la verosimilitud que le merezcan (sentencias de 28 de febrero, 24 de marzo, 6 de abril y 23 de mayo de 1994)".[388]

#### *5.3.3.2 Declaraciones espontáneas*

Actualmente, se ha establecido como práctica que el abogado debe estar presente necesariamente en cualquier entrevista al imputado. Ello responde a una lectura literal del artículo 68.1 l) del Código Procesal Penal, sin tener en cuenta, sin embargo, que dicho numeral se ha establecido para diligencias que realice la policía sin presencia del fiscal. Por otra parte, el artículo 71° inciso 2 d) establece el derecho a solicitar un abogado defensor. Este artículo, también contempla el deber de las autoridades de brindar información. Asimismo, el artículo 86° del mismo cuerpo normativo establece que la declaración del imputado será prestada ante el fiscal y con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando este lo ordene o cuando el imputado lo solicite.

De esta manera, pareciera que a pesar de que el fiscal acredite que informó de su derecho a guardar silencio, cualquier declaración obtenida sin presencia de su abogado no podría usarse en contra del imputado, lo que contraviene lo desarrollado en la doctrina sobre la libertad de declarar.

Más aun, en una lectura literal no se permitiría a la fiscalía ni a la policía oír la espontánea declaración del imputado ni utilizar la información revelada que permita, por ejemplo, detener un delito en curso.

Ello, a pesar de que en la jurisprudencia comparada, estos casos especiales de espontaneidad son introducidos al proceso a través de los testimonios de las personas que lo presenciaron.

Por esto, es necesario ampliar, en este apartado, el desarrollo de la jurisprudencia a efectos de respetar las garantías de los imputados sin que se pierda la eficacia.

## 5.4. El plazo de la investigación preparatoria y su control

### 5.4.1 Necesidad de integración de plazo

En la investigación de delitos contra la administración pública se presentan múltiples situaciones que no son comunes a los otros delitos, lo que ha conllevado a tener diversas situaciones problemáticas en torno al plazo no solo por razón de su complejidad, pluralidad de imputados, sino en relación a las diversas incidencias en relación a estos. Por ejemplo:

388 Sentencia de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 17 de abril de 1995. En: http://supremo.vlex.es/vid/presuncion-inocencia-prueba-cargo-17712145

- Uno de los investigados puede tener prerrogativa de antejuicio y, por consiguiente, se debe proceder al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, lo que "congela" el inicio de la investigación preparatoria para esta persona pero no para las demás
- Uno de los investigados puede haber sido investigado por un fiscal y luego acumula otra investigación que tiene un plazo distinto
- Uno de los investigados es incorporado con posterioridad en la investigación, cuyo plazo se encuentra en curso sin que esta persona se haya sometido al mismo

El Código Procesal peruano no establece una respuesta en relación al plazo "valedero", sin embargo se debe tomar una decisión con la finalidad de que los imputados tengan conocimiento cierto del vencimiento del plazo de la investigación.

Al respecto, la Sala de Apelaciones de Lima ha señalado en la resolución de fecha 06.08.2012 (expediente 154-2011), que el fiscal debe solicitar la *integración de plazo* al juzgado de investigación preparatoria a efectos de evitar la vulneración al plazo razonable.

### 5.4.2 Control de plazo de la investigación preliminar

Actualmente, existe el control de plazo de la investigación preliminar en virtud de lo dispuesto en el artículo 334.2 del CPP, establecido como una cautela de quien se considere, por un lado, afectado por un plazo irrazonable o, por otro, considere arbitraria la decisión del fiscal de no dar fin a la investigación.

Sin embargo, no existe actualmente una evaluación en relación al carácter de la investigación preliminar ni la legitimidad de quien deduce el control, es decir la ley señala "quien se considere afectado", sin que ello signifique, necesariamente, que sea cualquier denunciado.

Un control de plazos excesivamente formal en esta etapa preliminar donde aún no hay imputados abstrae la labor fiscal; cabe señalar que solo debe existir control de plazos cuando se afecte el derecho de una persona investigada a obtener decisión en un plazo razonable y no solo como una herramienta para evitar que se continúe con la investigación.

De esta manera, el control del plazo de las diligencias preliminares tiene que privilegiar su objetivo; el esclarecimiento de los hechos. Si revisamos el artículo 330.2 del CPP, en él se señala que *"las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables"* por lo que estas exigen su conclusión a la mayor brevedad posible. Sin embargo, esta lectura no puede ser literal, pues las exigencias que se deben cumplir para iniciar un proceso penal establecidas en el artículo 336.1 del CPP (indicios reveladores de la existencia de un delito, acción penal no prescrita, individualización del imputado y, de ser el caso, cumplir requisitos de procedibilidad), deben hacerse o evaluarse necesariamente en una investigación preliminar.

## 5.5 Problemas de aplicación del Código Procesal Penal

Los problemas de la aplicación del Código Procesal Penal para los delitos de corrupción de funcionarios han traído a debate la necesidad de implementar la reforma procesal penal a otro nivel, esto es aplicar el nuevo modelo a la persecución de delitos complejos.

En este extremo, se necesita encarar las dificultades de la obtención de información y el procesamiento de grandes cantidades de datos. El Código Procesal Penal responde en sus reglas y plazos generalmente a los casos "tipo", sin embargo cuando nos encontramos frente a casos que no responden a este estándar es imprescindible acudir a los jueces para que interpreten debidamente la ley.

Por ejemplo, nuestra norma procesal establece quince días de plazo para realizar el requerimiento acusatorio sin diferenciar si se trata de un caso simple o complejo, dado que no existe supuesto

especial, debe atenderse a la inexistencia de la misma exigencia en una acusación de un cohecho de tránsito que en un caso grave de colusión.

Además, hay demasiado formalismo de parte de algunos fiscales, creado a partir de las exigencias de los jueces de control, como notificar a cada una de las partes todos los actos de investigación que se practican, a pesar de que el artículo 847° señala que el abogado tiene acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso. Además, no se toma en cuenta que los abogados tienen el deber de hacer seguimiento a los casos y verificar la información obtenida.

Por otro lado, la conclusión de la etapa de investigación, pareciera que impide al fiscal continuar con los actos de investigación, sin embargo, al igual que en cualquier parte del mundo, el modelo peruano establece que se puede ofrecer en el juicio una prueba nueva obtenida después del control de acusación, en la práctica esto no será operativo si el fiscal considera que existe alguna prohibición de practicar actos de investigación o de recabar información.

No existe plazo total para la etapa intermedia, lo que en la práctica se traduce en que, actualmente, muchos casos queden estancados en la misma, con duración inclusive igual a la destinada para la investigación preparatoria.

Actualmente, el principal problema se encuentra en la interpretación de las normas del Código Procesal Penal, que puede convertirse en un *boomerang* para la reforma del modelo procesal penal, pues si no se flexibiliza la duración de la investigación o se insiste en la lectura literal de las normas, se alientan prácticas forenses que inciden sobre ellas y no en una verdadera defensa del imputado.

Evitar que se continúe la investigación a través del control del plazo o restarle valor a prácticas fiscales o policiales bajo el argumento de que el "código establece", sin evaluar si se vulneran o no los derechos fundamentales, genera desaliento y desánimo por enfrascamientos legales que pueden ocasionar la impunidad y que se traducen en una desconfianza hacia el sistema de justicia que es etiquetado como ineficiente.

Una solución sería difundir los casos, para generar un debate académico, con la finalidad de perennizar el "principio pro investigación" si es que resulta evidente que las prácticas o actos realizados no atentan contra derechos fundamentales.

## 5.6 Principales ventajas del nuevo modelo

### 5.6.1 El sistema de audiencias en la investigación

El sistema de audiencias permite mayor inmediatez y celeridad, así como la discusión con argumentos, evitando la "pelea de papeles", además, posibilita al juez un mejor conocimiento del caso e información de mayor calidad que la obtenida en la documentación con el objetivo de pedir las aclaraciones pertinentes en la audiencia.

No debe olvidarse que en la primera etapa de investigación preparatoria, también hay audiencias.

Revisando el nuevo modelo procesal penal peruano, se observa que, por regla, el fiscal se conduce oralmente en las audiencias y que el juez decidirá *"siempre que lo disponga este* código, *previa audiencia con intervención de las partes"* (artículo 123.2).

Las audiencias se encuentran previstas para resolver determinados requerimiento de las partes:

- Medios de defensa (artículo 8.2)
- Imposición de medidas coercitivas de búsqueda de pruebas (artículo 203°)
- Acudir al juez en vía de tutela (artículo 71.4)
- Nulidad de transferencias de bienes sujetos a decomiso (artículo 15.2. C)

- Inimputabilidad del procesado (artículo 75.2) y anomalía psíquica sobrevenida (artículo 76.1)
- Oposición a la exhibición o incautación (artículo 224.2)
- Reexamen de la intervención e interceptación de las comunicaciones (artículo 228.2)
- Prueba anticipada (artículo 245°)
- Convalidación de la detención preliminar (artículo 266.2)
- Procedencia de la detención preventiva (artículo 271°)

El sistema o formato de audiencia es una metodología para la toma de decisiones, que: a) Permite un debate intenso de ideas entre las partes interesadas para producir información de calidad con menos posibilidades de error. Por ende, permite la contradicción; y b) evita que el proceso comunicativo entre las partes y el juez sea interferido por la interpretación de un texto.

Ello implica que las partes deben presentar sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria; que los jueces deben resolver en forma inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida en la audiencia.

Sin embargo, en un sistema acostumbrado a la escrituralidad existe el riesgo de que estas audiencias se conviertan en una formalidad o en un ritualismo sin contenido alguno para cumplir con un requisito y que la información necesaria para la resolución del juez será obtenida del expediente. Asimismo, que se pretenda que, en estas audiencias preliminares, se exija convicción o el mismo nivel de certeza que en el juicio oral.

Por otro lado, existe el riesgo de confundir el sistema de audiencia con el sistema de registro, ya sea este por acta o video o por ambas. La utilidad de un sistema de registro no está dirigida hacia el juez sino a las partes, con la finalidad de que tengan conocimiento de las actuaciones realizadas y las preparen para el juicio oral, así como cumple una función administrativa del funcionamiento del sistema de justicia.

Por esto, deben diferenciarse ambas situaciones, lo que conlleva a releer el artículo 120° del NCPP respecto a las actas como una función de documentación o registro y no como soporte o base de futuras decisiones.

Si bien el Código Procesal Penal peruano ha establecido que las actuaciones de la etapa de investigación preparatoria son reservadas, el hecho de contar con formato de audiencias conlleva a reflexionar si estas son públicas o solo reservadas a las partes. Es decir, si se sigue el sentir "reservado" de esta etapa o el de los fines del formato de audiencia.

Es necesario destacar que la publicidad de las audiencias cumple con varias funciones en el proceso. En primer lugar, con una función de garantía para las partes, que pueden asegurarse de la información que el juez considera para adoptar su decisión. También, constituye una garantía en un sentido más amplio como el del control público a la actuación de los órganos estatales ya que este permite que la sociedad en su conjunto pueda verificar que los jueces y demás actores del sistema de justicia criminal actúan de conformidad al mandato establecido en la Constitución y las leyes. Pero, además, cumple con funciones de legitimación del sistema. La publicidad promueve la transparencia del mismo proceso y esta genera, a su vez, confianza en los justiciables.

En los distritos donde se lleva a cabo la implementación de la reforma procesal, la realización de las audiencias tiene un carácter *semipúblico*, pues, si bien no se limita el acceso del público a las salas de audiencia, no se publica con antelación realización de la audiencia, por tanto esta no existe para la comunidad.

Este tema ha generado algún debate en América Latina respecto a la posible vulneración del principio de presunción de quien es sometido a una audiencia preliminar, sin embargo esta postura no es muy sólida teniendo en cuenta, que en el juicio oral y público, aunque con mayor probabilidad, igual nos encontramos ante una persona presuntamente responsable.

Por otro lado, si bien la idea del sistema o formato de audiencias significa el debate y la contradicción entre las partes existen casos especiales que deben hacerse *inaudita pars*, como el caso de la imposición de las medidas de búsqueda de pruebas, es decir sin que el afectado conozca la medida que se va a imponer, para evitar, precisamente, que se le reste eficacia.

Por último, si bien en el NCPP existen regulaciones que no incentivan el formato de audiencia, por ejemplo cuando establece que en algunas ocasiones el fiscal deba remitir la información al juez de la investigación preparatoria junto con el expediente fiscal y, asimismo, se establece que el magistrado puede resolver de modo diferido, es decir no en la misma audiencia (incluso se señala que puede retener el expediente fiscal a fin de resolver).

Por ejemplo, en el caso de la realización de las audiencias de Medios de Defensa se establece que *"excepcionalmente, y hasta por veinticuatro horas, podrá retener el expediente fiscal para resolver el medio de defensa deducido, que se hará mediante auto debidamente fundamentado"* (artículo 8.2).

Por esto, de modo permanente, se requiere de una concienciación sobre la importancia de esta audiencia, para impedir su desgaste y su real utilización como herramienta en la toma de decisiones.

### 5.6.2 El seguimiento de casos por el fiscal

El nuevo modelo procesal, al no establecer ruptura de estamentos entre la etapa de investigación y juzgamiento, como el CPP (Juez Instructor - Sala Superior) permite un mayor compromiso del fiscal con el caso y seguimiento hasta obtener sentencia.

Existe mayor celeridad del proceso en torno al órgano encargado de investigar, presentar la acusación y sostener el juicio, reduciendo el tiempo que se invertía, anteriormente, hasta que un fiscal superior tomara conocimiento de lo actuado en instrucción.

De esta manera, aun cuando se trate de un solo fiscal o de un equipo de fiscales, como es el caso de la Fiscalía Supranacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, el hecho de que sea un ente persecutor el encargado del caso desde el comienzo hasta la imposición de una pena, permite el conocimiento continuo del caso.

Esta forma de gestionar los casos que proporciona el nuevo modelo procesal penal implica un ahorro de tiempo y recursos; garantizando que las decisiones de continuar con el caso, según corresponda en cada etapa, responden de modo progresivo a una mayor probabilidad de obtener una condena.

# LECTURA Nº 05

# Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS

idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PUCP

# Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú

# Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú

**Editor:** Yván Montoya Vivanco

**Colaboradores:**
Julio Rodríguez Vásquez
Ricardo Santayana Sánchez
Yvana Novoa Curich
Patricia Barrantes Delgado

**Corrección de estilo:** Rocío Reátegui

**Diagramación:** Renzo Espinel y Luis de la Lama

**Impresión:**
GRAFICA DELVI S.R.L.
Av. Petit Thouars N° 2009, Lima 14 – Perú
Teléfono: 471-7744

El IDEHPUCP, creado en el 2004, es el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012
Calle Tomás Ramsey, 925, Lima 17 – Perú.
Teléfonos: (511) 6262000, anexo 7500; 2615859; 4613433
www.idehpucp.pucp.edu.pe

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

Hecho el Depósito Legal en formato impreso en la Biblioteca Nacional del Perú N°. 2012-14937

# Índice

**Presentación** ..... 7

**Introducción** ..... 11

**PRIMERA PARTE**
**ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE LA PARTE GENERAL**
**DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** ..... 15

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios.
¿Medida necesaria para evitar la impunidad?
Raúl Pariona Arana ..... 17

Prohibición de aplicación de leyes penales inconstitucionales en la
jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la lucha anticorrupción
José Antonio Caro John ..... 31

**SEGUNDA PARTE**
**ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE LA PARTE ESPECIAL**
**DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** ..... 51
El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión
Yvan Montoya Vivanco ..... 53

Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito
de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional
Yvana Novoa Curich y Julio Rodríguez Vásquez ..... 71

El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad
Erick Guimaray Mori ..... 101

El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. **A**nálisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia
Rafael Chanjan Documet ..... 119

**TERCERA PARTE**
**ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** ..... 133

Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria
Luis Vargas Valdivia ..... 135

Algunos apuntes sobre la defensa judicial del Estado en el caso Fujimori-Montesinos
José Ugaz Sánchez Moreno ..... 145

**CUARTA PARTE**
**OTROS ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA** ..... 163

La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal
Renata Bregaglio Lazarte ..... 165

Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional
Luis Huerta Guerrero ..... 185

**Colaboradores** ..... 221

# Presentación

A raíz de la caída del régimen autoritario del expresidente Fujimori en noviembre de 2000, se develó una red de corrupción que había venido actuando sistemáticamente y que involucraba a los más altos funcionarios vinculados a dicho régimen. Ello motivó la creación de un subsistema especializado, el sistema penal anticorrupción, el cual desde entonces ha realizado esfuerzos por investigar, juzgar y sancionar prácticas graves de corrupción cometidas durante dicho período así como aquellas que se han sucedido durante regímenes democráticos posteriores. El balance inicial de la actuación del sistema fue positivo (congresistas de la República, ministros de Estado, generales de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, magistrados de la Corte Suprema y del Ministerio Público, el propio expresidente de la República, empresarios dueños de medios de comunicación, entre otros, fueron sometidos a procesos judiciales y muchos sancionados penalmente). Sin embargo, actualmente el sistema penal anticorrupción evidencia una tendencia regresiva respecto de las actuales investigaciones o juzgamientos de graves delitos contra la administración pública. Evidentemente, aún se aprecian esfuerzos importantes de algunos órganos del sistema, como la Procuraduría Anticorrupción, algunas fiscalías especializadas y determinados órganos del Poder Judicial. Sin embargo, en términos generales, se han producido, en varios casos emblemáticos de corrupción, actuaciones fiscales o judiciales sin la debida fundamentación o con una concepción arbitrariamente hipergarantista que desnaturaliza los principios del proceso y favorece la impunidad de estos casos.

Como consecuencia de lo anterior, el sistema penal anticorrupción ha desarrollado jurisprudencia sumamente interesante que ha suscitado un debate intenso entre los especialistas en derecho penal y los interesados en el control de la corrupción. Incluso el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradas veces sobre el interés y la importancia constitucional de la lucha contra la corrupción.

El IDEHPUCP no ha podido mantenerse ajeno a este proceso de desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia en materia de investigación y juzgamiento de delitos contra la administración pública. Todo lo contrario, ha considerado importante impulsar y mantener una línea de trabajo relacionada con la actuación de estos

órganos del sistema. En este sentido, el IDEHPUCP, dentro de su función de promoción de la vigencia de los derechos humanos y la democracia en nuestro país, ha considerado que la corrupción no solo tiene un impacto político o económico negativo sino que también, y eso es lo más grave, incide en la calidad y cantidad de las prestaciones de servicios públicos, especialmente aquellos que se dirigen a satisfacer diversos derechos fundamentales de los sectores más vulnerables.

Desde enero de 2010, con el apoyo financiero de la Fundación Open Society (OSI), el IDEHPUCP viene ejecutando el Proyecto para el Fortalecimiento del Sistema Penal Anticorrupción (Proyecto Anticorrupción), el cual tiene como uno de sus objetivos principales contribuir con la especialización y entrenamiento de los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público en la comprensión dogmática de delitos tan complejos como aquellos que se dirigen contra la administración pública y su procesamiento. En el marco de este Proyecto, se convocó a diversos especialistas en el área penal, procesal penal y otras disciplinas involucradas en la necesidad de prevenir y erradicar las prácticas de corrupción en el Perú. Dichos especialistas han colaborado con el proyecto mediante la elaboración de breves ensayos desde el enfoque correspondiente a sus disciplinas (especialmente el ámbito penal). En estos ensayos, los autores reflexionan sobre diversos aspectos problemáticos que la normativa penal y procesal penal plantean al sistema penal. De esta manera, el libro que presentamos se encuentra dividido en cuatro partes. La primera se refiere a la parte penal general de los delitos contra la administración pública. La segunda trata sobre la parte especial de algunos delitos emblemáticos de corrupción de funcionarios. La tercera parte está conformada por estudios críticos sobre algunos aspectos procesales de los delitos de corrupción. Y, finalmente, la cuarta parte abarca estudios sobre la prevención y el control de la corrupción pública pero desde una perspectiva diferente al derecho penal. El libro reúne diez trabajos preparados por profesores de Derecho y también por miembros del equipo que conforma el Proyecto Anticorrupción. Los especialistas en Derecho que ha contribuido con ensayos son Raúl Pariona Arana, Renata Bregaglio Lazarte, José Antonio Caro John, Yvan Montoya Vivanco, Luis Vargas Valdivia, José Ugaz Sánchez Moreno, Luis Huerta Guerrero y Erick Guimaray Mori. Asimismo, hemos contado con la colaboración de los bachilleres Yvana Novoa Curich y Rafael Chanjan Document, y del alumno Julio Rodríguez Vásquez, miembros de nuestro Proyecto, quienes han elaborado ensayos vinculados a la tendencia jurisprudencial peruana sobre los delitos de corrupción más emblemáticos: el delito de peculado y de enriquecimiento ilícito.

Quiero agradecer a todos los profesores que han intervenido en esta obra, así como a los miembros del Proyecto por esta importante contribución. Asimismo, agradezco a Patricia Barrantes –quien trabaja en el área de Comunicaciones del IDEHPUCP– por el gran apoyo brindado en el cuidado de la edición e impresión. No puedo dejar de agradecer a la Fundación Open Society (OSI) por haber hecho realidad esta obra y todas las demás actividades del Proyecto.

La relevancia de la lucha contra la corrupción y todo lo que esta implica (investigación, juzgamiento, sanción y reparación) para el fortalecimiento de la plena vigencia de los derechos humanos (sobre todo de los más vulnerables del país) justifica la creación de esta obra. Si con ella podemos coadyuvar a la minimización de la corrupción y la puesta en vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, entonces habrá valido la pena el esfuerzo desplegado durante estos dos años, y este libro no habrá sido escrito en vano.

Elizabeth Salmón Gárate
Directora
IDEHPUCP

# Introducción

Durante los últimos años, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) ha trabajado en nuevos temas vinculados a su misión original que, recordémoslo, se resume en contribuir a la consolidación del respeto debido a los derechos fundamentales y a la sostenibilidad de la democracia y del Estado de derecho en nuestro país. Uno de esos problemas que hemos comenzado a investigar es el vinculado con la lucha contra la corrupción.

Las razones para abordar este fenómeno son claras pues la corrupción implica un impacto negativo en la consolidación de la democracia, en el respeto a los derechos humanos y, en particular, en la ética ciudadana. Esta clase de prácticas nocivas que se vinculan con la moral pública generan efectos perniciosos en la confianza que los ciudadanos deben tener ante sus autoridades, en todos los niveles e instituciones del Estado, y por ello se hace necesario estudiarlas para así combatirlas.

Hoy la corrupción ya no se percibe solo como un ruido marginal al funcionamiento de los sistemas políticos y de la convivencia entre ciudadanos pertenecientes a la misma colectividad social. Ella es más bien reconocida como una de las principales amenazas a la democracia, pues conspira contra su legitimidad, vulnera el Estado de derecho y afecta el uso de recursos públicos orientados al cumplimiento de derechos o a fines de interés colectivo. Por ello, un acto de corrupción constituye una grave muestra de deslealtad frente a las reglas que debieran regir un comportamiento social honesto, pues supone el aprovechamiento inmoral de lo público para un beneficio privado, acción que es aún más nociva cuando la ejecutan personas que detentan cargos públicos.

Dicha deslealtad implica, ello es evidente, la tergiversación de condiciones mínimas de convivencia, la vigencia de una relación asimétrica entre gobernantes y gobernados y la desconfianza en una legalidad que, siendo ineficaz, puede derivar en falta de credibilidad. Ahora bien, lo más grave es que tales efectos negativos parecen conducir a una actitud perniciosa que se halla caracterizada por la resigna-

ción, el escepticismo y el cinismo frente al marco legal e incluso ante la idea de la honradez como valor indispensable para el ejercicio de la función pública.

Es así que la frecuencia de estos actos y la carencia de sanciones a ellos van debilitando nuestro tejido social y menoscaban el sentido de lo bueno y lo malo, de lo justo y lo injusto, y nos hace cómplices silenciosos de los protagonistas de actos ilícitos e inmorales.

No es novedoso señalar cómo las prestaciones de servicios fundamentales para los ciudadanos –salud, educación, vivienda, seguridad y justicia–, que constituyen también la expresión de derechos fundamentales de los peruanos, se ven alteradas gravemente por este tipo de conducta, que, por desgracia, vive nuestra nación desde su propio nacimiento como República. Es así que no causa extrañeza que se perciba la corrupción como un mal común en la sociedad, que consagra una supuesta eficacia en detrimento de los fines y principios que constituyen las metas que queremos alcanzar. Solo así se explica la admiración y añoranza hacia presidentes abiertamente corruptos en el seno de una comunidad en donde la experiencia de la ley como garante de derechos resulta precaria e inequitativa, al tiempo que a las otras personas no se les considera ciudadanos plenos, sino más bien medios –u obstáculos– para la satisfacción de necesidades o deseos.

Tradicionalmente, cuando se habla de corrupción, se enfatizan los casos específicos que denuncian los medios de comunicación, los que se han convertido en las fuentes principales para conocer la existencia de este tipo de actos delictivos. Creemos que la reflexión y el trabajo en la lucha contra este flagelo debe ir más allá de la natural difusión e indignación que suscitan estos actos. Por ello, desde el IDEHPUCP, consideramos necesario cumplir con un trabajo que trascienda de los titulares cotidianos y permita que los agentes jurídicos, vinculados a procesar este tipo de casos, puedan contar con información y recursos jurídicos pertinentes sobre la materia.

Es por tal razón que, con el apoyo de la Open Society, el IDEHPUCP ha implementado el proyecto «Justicia y Estado de derecho: aportes al fortalecimiento del sistema de justicia penal en materia de lucha contra la corrupción». En el marco de esta iniciativa, se han desarrollado talleres de capacitación en siete regiones del país (Lambayeque, Piura, Arequipa, Junín, La Libertad, Áncash, Cusco y Lima), en los que se han brindado mayores y mejores herramientas a magistrados del Ministerio Publico y del Poder Judicial en relación con la investigación y procesamiento penal de delitos contra la administración pública.

Asimismo, al observarse casos de corrupción que tienen repercusión regional y nacional, se ha procurado dotar de información a operadores de justicia y público en general sobre este problema. Debemos anotar que muchos de los datos suministrados por el equipo del proyecto han conseguido alertar sobre los peligros en los que se encontraban algunos procesos judiciales, varios de los cuales, afortunadamente, lograron revertirse.

El presente texto académico expresa pues la conclusión de las actividades del proyecto y contiene por ello una serie de artículos que abordan los aspectos más complejos sobre los diversos tipos penales que se configuran contra la administración pública, así como sobre el concurso de delitos y las reglas de valoración probatoria para la investigación y procesamiento judicial en casos de corrupción. Estamos seguros de que esta publicación será de utilidad para magistrados, abogados y estudiantes de Derecho interesados en el estudio de estas materias.

Con este libro, el IDEHPUCP reafirma su compromiso para continuar contribuyendo, desde la academia, con el combate a un flagelo que amenaza a la democracia, a la confianza frente a las instituciones y al cumplimiento pleno de los derechos fundamentales de todos los peruanos.

Salomón Lerner Febres
Presidente Ejecutivo
IDEHPUCP

# Primera parte
# Estudios críticos sobre la Parte General de los delitos contra la administración pública

# La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?

**Raúl Pariona Arana**

## 1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un grave problema que enfrentan los Estados. La historia reciente del Perú ha puesto de relieve, de manera dramática, que se trata de un problema latente para nuestra aún incipiente institucionalidad democrática. La corrupción socava la legitimidad del Estado y con ello su fundamento democrático, afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, el patrimonio estatal, el carácter público de la función, la ética en el ejercicio de funciones públicas, con lo cual genera que se inserte en el colectivo social la idea de que la función pública se vende al mejor postor.

Debido a la gravedad del problema, desde hace aproximadamente dos décadas, la lucha contra la corrupción está presente en la agenda política de los Gobiernos y, dada su trascendencia internacional, la comunidad internacional (regional y mundial) ha impulsado la adopción de medidas colectivas para frenar y enfrentar el problema. Así, en 1996 en Caracas (Venezuela), los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) suscribieron la Convención Interamericana contra la Corrupción con el objeto de prevenir, detectar y sancionar la corrupción en la región; y, en el 2003, las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Convención contra la Corrupción en Mérida (México) y presentó, de este modo, una respuesta mundial al problema de la corrupción, con un instrumento en el que se señala expresamente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que estos deben cooperar entre sí para que sus esfuerzos sean eficaces.

Sin embargo, pese al logro de importantes avances en este ámbito, la impunidad de los delitos de corrupción, sobre todo de aquellos ligados al poder, ha sido una

constante. A esta situación contribuyen una serie de factores como la posición económica y social de sus autores, sus conocimientos del sistema de justicia y la consecuente facilidad para evadirla, la posición de poder que ocupan los funcionarios públicos y el despliegue de sus influencias para impedir la investigación de los delitos, entre otras condicionantes. En este contexto, la *impunidad por prescripción* ha cobrado especial relevancia. Es frecuente ver que los procesos penales se ven truncados por imperio de la prescripción, y generan en la sociedad una sensación de impunidad generalizada de los actos de corrupción. Se escucha frecuentemente: «Roban al Estado, dilatan sus procesos y salen libres a disfrutar el fruto de su delito».

Este hecho ha llevado a que diversos sectores de la sociedad, organizaciones, políticos e intelectuales levanten las banderas de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Al ser considerados graves e intolerables, se plantea la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción para de esta manera evitar cualquier límite temporal en su persecución y sanción. El tema ha cobrado tal relevancia que el propio presidente de la República, Ollanta Humala Tasso, en su mensaje de asunción de mando del 28 de julio de 2011, anunció la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

Pero ¿es la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción realmente necesaria (y adecuada) para evitar su impunidad? ¿Es la imprescriptibilidad acaso la única solución al problema? ¿Se ha reparado debidamente en las consecuencias que traería consigo una medida de esta naturaleza? En las páginas que siguen se realiza un estudio de esta problemática, se analiza cómo se viene enfrentando este problema, se evalúa la factibilidad de la imprescriptibilidad y se plantea una propuesta de solución.

Como consideración previa, y antes de pasar a tratar la problemática objeto del presente artículo, debo precisar el concepto de «delitos de corrupción» que empleo en el marco de este trabajo. Es frecuente y extendido referirse a los delitos de corrupción sin precisar el contenido exacto. En estricto, en nuestro ordenamiento jurídico, los delitos de corrupción lo conforman el cohecho, la negociación incompatible, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, en la literatura se observa el uso frecuente y extendido del concepto en un sentido mucho más amplio y genérico que abarca casi todos los delitos contra la administración pública, sin precisar el contenido exacto, lo cual podría llevar a algunas imprecisiones. Sin la intención de agotar en este lugar la discusión sobre el concepto, a

efectos de evitar inexactitudes, y solo en el marco de este trabajo, nos referiremos a los delitos contra la administración pública cometidos con abuso de cargo o función como delitos de corrupción; y, más específicamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos de abuso de autoridad, concusión, peculado y corrupción de funcionarios contenidos en los artículos 376 al 401 del Código Penal.

## 2. MARCO NORMATIVO ACTUAL SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

### 2.1. Reglas generales

Las reglas de prescripción aplicables a los delitos de corrupción son las reglas generales aplicables a todos los delitos. En consecuencia, los delitos de corrupción prescribirán en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (prescripción ordinaria según el artículo 80 del Código Penal) o, dadas las circunstancias, cuando el tiempo transcurrido supere en una mitad el plazo ordinario de prescripción (prescripción extraordinaria según el artículo 83 del Código Penal).[1] Así, por ejemplo, en el plazo máximo extraordinario, el delito de abuso de autoridad prescribirá a los seis años, el delito de concusión a los doce años, el delito de colusión a los veintidós años y medio, el delito de peculado a los doce años, el delito de malversación de fondos a los seis años, el delito de cohecho pasivo a los doce años, el delito de cohecho activo a los nueve años, el delito de tráfico de influencias a los nueve años y el delito de enriquecimiento ilícito a los quince años; solo por citar los más importantes delitos de corrupción previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

1 Sobre la regulación nacional y las modalidades de prescripción, cf. Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga. *Manual de derecho penal. Parte General*. Tomo II. Lima: IDEMSA, 2011, pp. 421, 422 y 423; cf. Meini, Iván. «Sobre la prescripción de la acción penal». En Iván Meini. *Imputación y responsabilidad penal: ensayos de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 277 y 278.

Sin embargo, pese a que los plazos de prescripción no son tan breves (debido a que las penas para los delitos de corrupción no son tan benévolas,[2] como de manera extendida se cree), la justicia da cuenta frecuentemente de casos de impunidad por prescripción. Esto evidencia que la impunidad no se debe a una sola causa, sino que concurren diversos factores que favorecen la prescripción como, por ejemplo, la estructuración de los procesos, la funcionalidad de sus procedimientos, la demora de los procesos que se extienden excesivamente en el tiempo, los recursos, formación y organización de los operadores de justicia, la calidad de los autores de estos delitos, funcionarios públicos que hacen uso de su posición de poder, conocimientos, capacidad económica para eludir la acción de la justicia, distraerla y evitar que los procesos concluyan con una sentencia. Como se puede observar, la impunidad de la corrupción no se debe únicamente al deficiente marco normativo que regula la prescripción.

### 2.2. Regla especial para delitos contra el patrimonio del Estado

Con el objetivo de superar las deficiencias de las reglas generales de prescripción, el legislador peruano ha previsto una regla especial de prescripción en el artículo 80 *in fine* del Código Penal que indica que «en caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica».[3] Con esta regla, nuestro legislador pretende evitar los casos de prescripción de los delitos de corrupción que afectan el patrimonio del Estado.

¡Esta medida es correcta, pero insuficiente! Es correcto que se amplíen los plazos de prescripción para casos de delitos cometidos por funcionarios públicos, pues estos, generalmente, utilizan su posición de poder, sus conocimientos del sistema de justicia, sus recursos para huir de la acción de la justicia y hacer que sus delitos

---

2 Para Fidel Rojas Vargas, la política penal se ha mantenido constante desde el Código Penal de 1863 hasta la actualidad, con una escasa criminalización y baja penalidad con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los *quantums* de las penas desde la reforma de los delitos de corrupción del 2004. Cf. Vargas Rojas, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4.ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 65 y ss.

3 La regla especial fue introducida en el artículo 80 del Código Penal el 26 de mayo de 1994, mediante la Ley 26314.

prescriban. Sin embargo, tal como está redactada esta regla especial, solo será aplicable a algunos delitos: a los que afecten el patrimonio del Estado. En efecto, tal como se desprende del tenor legal, para la aplicación de esta regla se requiere la concurrencia de dos presupuestos: primero, que el autor sea un funcionario público; y, segundo, que la acción desplegada afecte al patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. Luego, al ser reducido su campo de acción, la utilidad de la norma para evitar la prescripción de los delitos de corrupción será muy limitada.

En efecto, en la discusión[4] sobre el ámbito de aplicación de la norma contenida en el artículo 80 *in fine* del Código Penal pugnan tres interpretaciones. Una *interpretación restrictiva* que entendía que los «delitos cometidos contra el patrimonio del Estado» abarcaba únicamente aquellos delitos que tienen como específico bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, con lo cual restringían su aplicación al peculado (artículo 387 CP) y malversación de fondos (artículo 389 CP). Una *interpretación extensiva*, según la cual la referencia a delitos contra el patrimonio del Estado comprende todos los delitos que afecten *directa o indirectamente* al patrimonio del Estado, con lo cual extiende la aplicación de la regla a un grupo mucho más amplio, como al delito de peculado en todas sus variantes, a todos los delitos comunes cometidos por funcionarios públicos en agravio del patrimonio del Estado, pero también delitos de cuyo contenido no se aprecia un ataque (directo) al patrimonio estatal como, por ejemplo, el delito de rehusamiento de actos funcionales, abuso de autoridad y otros similares. Y una tercera línea de interpretación, que he defendido en un trabajo anterior,[5] postula una *solución intermedia* que sostiene que la referencia legal a delitos que «afectan al patrimonio del Estado» debe entenderse como *ataque directo al patrimonio del Estado*, con lo cual el grupo de delitos comprendidos por esta norma será más amplio que el admitido por la concepción restrictiva (que es correcta, pero insuficiente), pero menos amplio que el admitido por la concepción extensiva (que extiende ilegítimamente su ámbito de aplicación). Luego, según la postura intermedia, la regla especial será aplicable a los tipos penales de peculado, malversación, a todos los demás delitos contra la

4 Sobre la problemática del *ámbito de aplicación* de la regla especial de prescripción, cf. Pariona, Raúl. «La prescripción en los delitos contra la administración pública». *Gaceta Penal* n.º 10, 2010, p. 149 y ss.

5 Cf. ib., p. 149 y ss.

administración pública en los que aunque el tipo penal no considere bien jurídico protegido primariamente al patrimonio del Estado, sí se desprenda de su configuración fáctica en el caso concreto una afectación *directa* del patrimonio del Estado. Visto así, este ámbito podría comprender casos como los de los delitos de corrupción de funcionarios (cohecho, enriquecimiento ilícito, etcétera) donde el contenido del acto de corrupción tenga como objeto defraudar al Estado y afectar su patrimonio gravemente, sea porque el Estado se desprendió indebidamente de su patrimonio o porque dejó de cobrar lo que le correspondía.

Sin embargo, este debate sobre el ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción donde se discutía la ampliación de la prescripción a delitos como el de cohecho y otros ha sido zanjado por la Corte Suprema con la fijación de una regla que reduce su aplicación, en la práctica, únicamente al delito de peculado (y extensivamente a la malversación). En efecto, en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, la Corte Suprema señaló que «el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos»,[6] por lo que «es necesario que exista una vinculación directa entre estos», es decir, una vinculación entre el funcionario y el patrimonio estatal. Luego, según la Corte Suprema, la vinculación directa entre el funcionario y el patrimonio se dará cuando concurran tres presupuestos: primero, «que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado».[7] Segundo, «el vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos».[8] Tercero, «puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía».[9]

---

6 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

7 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

8 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

9 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

Como se observa, la Corte Suprema, en la práctica, ha reducido la aplicación de la regla especial al delito de peculado y malversación, y ha dejado fuera los delitos de cohecho, que son quizá los más emblemáticos casos de corrupción. En consecuencia, con esta regla y con la «particular» y «especial» interpretación que de ella realiza la Corte Suprema, no se ha avanzado en la ampliación de los plazos de prescripción para los delitos de corrupción, que es justamente lo que se pretende.

## 3. LA TESIS DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Ante este panorama, diversas organizaciones, juristas, políticos y organismos de la sociedad civil han planteado la *imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*. Según los defensores de esta opinión, dado que es intolerable en un Estado de derecho que los actos de corrupción prescriban, y dejen maniatada a la justicia, es necesario declarar imprescriptibles los delitos de corrupción. Por lo general, se cree de buena fe que la imprescriptibilidad solucionará el problema de la impunidad de los delitos de corrupción. Pero muchas veces se defiende la imprescriptibilidad también por el rechazo que provoca en la sociedad la impunidad de la corrupción por prescripción o porque es bien recibida por los electores la promesa de imprescriptibilidad de la corrupción, como lo es también «la muerte civil» de los corruptos.

En esta línea, diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil, algunas de ellas reunidas en el Grupo de Trabajo Contra la Corrupción han propuesto la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, como mecanismo válido para luchar contra la impunidad de este flagelo.[10] En esta misma línea, desde el 2001 hasta la actualidad, existen en nuestro Congreso de la República más de cuarenta proyectos de ley que pretenden declarar imprescriptibles los delitos cometidos por los funcionarios públicos,[11] por medio de reformas legislativas y de la propia Cons-

10 Cf. El informe anual sobre la lucha contra la corrupción en el Perú - 2010 del Grupo de Trabajo contra la Corrupción.

11 Cf. ib., p. 213.

titución. Igualmente, diversos juristas han asumido esta postura. Así, Ronald Gamarra y Jacqueline Pérez sostienen categóricamente que no debe existir barrera temporal alguna para llevar a cabo la persecución penal de los actos de corrupción. Señalan: «La extensión del flagelo de la corrupción, la gravedad de sus manifestaciones, la lesión que ellas suponen respecto a bienes de primera importancia, las consecuencias que acarrea [...] y el interés de la ciudadanía toda en su represión, nos convence que para llevar a cabo una real persecución penal de los actos de corrupción se requiere eliminar toda barrera de carácter temporal que lo impida».[12] Los autores citados argumentan que la imprescriptibilidad, como respuesta legítima y razonable a la corrupción, «lanzará un mensaje público en el sentido que los beneficios generados por la comisión del delito de corrupción serán siempre significativamente menores a la infinita persecución penal que se activará; y, frenará la tendencia a la reiteración de esta conducta».[13]

En esta misma corriente, en el plano internacional, se observa que países como Bolivia, Venezuela y Ecuador han adoptado en su legislación, sea constitucional o legal, disposiciones que declaran la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Este desarrollo evidencia que jurídicamente es posible establecer la imprescriptibilidad, lo cual pone de relieve que lo importante es discutir su necesidad. Esta tendencia, con todas sus expresiones nacionales e internacionales, confirma también que la corrupción es un problema fundamental para nuestras naciones[14] y que su prevención y erradicación son tareas que comprometen por igual a la sociedad civil y a los Estados.

---

12 Gamarra Herrera, Ronald y Jacqueline Pérez Castañeda. La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Disponible en: <http://xa.yimg.com/kq/groups/19326480/529089612/name/imprescriptibilidad_rgamarra_resumen.pdf>.

13 Ib.

14 Según Yvan Montoya, la «gravedad de la percepción de la corrupción ha llegado incluso a desplazar a todos aquellos otros grandes problemas que aún aquejan al Perú: la pobreza, el desempleo, la inseguridad ciudadana, etc.», cf. Montoya Vivanco, Yvan. «La responsabilidad penal del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados». En Pariona Arana, Raúl (dir.). *Veinte años de vigencia del Código Penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*. Lima: Grijley, 2012, p. 551.

## 4. LO INSOSTENIBLE DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD: CONCEPCIÓN PERSONAL

Debe existir una decidida lucha contra la impunidad por prescripción de los delitos de corrupción. Sin embargo, considero que la solución de la imprescriptibilidad no es la más correcta. En estricto, declarar imprescriptibles los delitos de corrupción no soluciona el problema de su impunidad. Contradice principios fundamentales del derecho penal. En el marco de nuestro derecho, sería una medida ilegítima, además de contraproducente para la propia lucha contra la impunidad. Vista correctamente, ni siquiera es necesaria.

### 4.1. ¿Es la corrupción igual de grave que los delitos de *lesa humanidad*?

Según el entendimiento actual de los delitos más graves y que afectan a los valores más importantes del ordenamiento jurídico nacional e internacional, considerar los delitos de corrupción imprescriptibles significaría equipararlos con los delitos de *lesa humanidad*, lo cual a mi parecer rompe gravemente la recta evaluación del *contenido del injusto* de estos delitos. Es evidente que el acto de apropiación de mil, diez mil o cien mil soles que realiza un funcionario público no puede equipararse con el acto de asesinar, torturar o desaparecer personas. Los delitos de lesa humanidad atentan contra los valores más importantes que tiene el hombre.

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad está legitimada, por la gravedad de tales crímenes y porque existe en la conciencia de la humanidad que estos crímenes deben sancionarse sin límites temporales. Sin embargo, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción no está plenamente legitimada. Ni en la Convención Interamericana contra la Corrupción, ni en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establece la imprescriptibilidad como una medida legítima de la lucha contra la corrupción. No existe pues consenso internacional, se ha dejado más bien a cada Estado la decisión de ampliar los plazos de prescripción de acuerdo con su legislación y sus particulares circunstancias. Esto se hace explicable si se repara en el hecho de que los delitos de asesinato, violación sexual de menores con muerte de la víctima, secuestro de menores de edad, terrorismo y otros tantos revisten mayor gravedad. Luego, querer legitimar la imprescriptibilidad en el caso de la corrupción y no exigir lo mismo para los demás

delitos deja ver un cuestionable criterio y una selectiva y arbitraria orientación político criminal.

Se podría pretender justificar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción considerándolos delitos de «lesa Estado». En esta línea de argumentación, se podría justificar esta medida considerando que los delitos de corrupción revisten especial gravedad que justificaría, al igual que en el caso de los delitos de lesa humanidad, una declaración de imprescriptibilidad. En esta justificación, pareciera estar inserta la consideración de que los delitos de corrupción, si bien tienen menor gravedad que los delitos de lesa humanidad, sí tienen una especial gravedad, son mucho más graves que los demás delitos contenidos en nuestro ordenamiento jurídico.

A este razonamiento pueden presentarse dos objeciones. En primer lugar, salta a la vista que los delitos de corrupción no son los delitos más graves, después de los delitos de lesa humanidad, que contiene nuestro ordenamiento jurídico. Qué duda cabe, los delitos contra la vida son mucho más graves que la corrupción, así como el homicidio o asesinato. También los delitos de secuestro de menores y extorsión son mucho más graves, igualmente los delitos de violación sexual de menores, terrorismo y otros tantos.

En segundo lugar, tratar de justificar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción basada en una pretendida calidad de «lesa Estado» no tiene sustento en una real valoración y jerarquización de los bienes que protege nuestro derecho penal y recuerdan, más bien, justificaciones decimonónicas donde en la escala de valores la primacía era asignada al Estado por encima del individuo, como se observa en la clasificación de Beccaria de delitos de *lesa majestad*, delitos contra los particulares y delitos contra los deberes.[15] Precisamente, los delitos de *lesa majestad* se consideraban los delitos más graves, pues buscaban destruir inmediatamente a la sociedad y/o a quienes la representaban, con lo que se justificaba sanciones más graves para estos ilícitos.

15 Cf. Beccaria, César. *De los delitos y la penas*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 119 y ss.

En el desarrollo actual del derecho penal, estas concepciones han sido correctamente abandonadas y han dado lugar a políticas criminales que consideran al individuo y sus bienes más importantes (vida, salud y libertad) valores supremos del Estado. En nuestro actual desarrollo cultural sería un despropósito denominar o etiquetar los delitos de corrupción como delitos de «lesa Estado» para de este modo justificar una reacción más grave, y convertir así a los acusados en «víctimas de una palabra: castigo por la calificación, no por la naturaleza ni la gravedad».[16]

### 4.2. Afectación a los principios de igualdad y proporcionalidad

De la anterior consideración se desprende que la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción también pondría en cuestión los principios de igualdad y proporcionalidad. En efecto, se pretende declarar imprescriptibles los actos de corrupción y no se hace lo propio con delitos mucho más graves como el asesinato, la extorsión o la violación sexual de menores. Esta política atenta contra el principio de igualdad y deja ver más bien un enfoque sesgado de los valores que protege el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho. Con medidas como esta, se vería distorsionada la pirámide de valores del programa político criminal de nuestro ordenamiento jurídico penal, se atentaría contra la proporcionalidad (pues presentan diverso contenido de injusto) y nuestro ordenamiento penal se convertiría en un cúmulo de normas penales que responde más bien a exigencias o presiones de grupos.

Con este análisis, lo único que se ha mostrado es que no existe igualdad de criterio al exigir la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción y que esta no se sustenta en una valoración acorde con las reales magnitudes de la dañosidad social de las conductas. No se propugna la extensión de la imprescriptibilidad para los delitos de asesinato, extorsión o violación sexual de menores. Si bien estos delitos son graves, mucho más que los delitos de corrupción, considero que no es adecuado una medida tal, por no ser ni eficaz ni necesaria.

16 García Ramírez, César. «Estudio introductorio». En César Beccaria. Ob. cit., p. 44.

### 4.3. Los peligros de abrir la puerta de la imprescriptibilidad

El camino de la imprescriptibilidad, además de contradecir principios básicos de un programa político criminal acorde con un derecho penal de un Estado democrático de derecho, genera el peligro —a veces no debidamente advertido— de graves distorsiones en la administración de justicia y que van en contra de aquello que justamente se pretende lograr con esta medida.

Declarar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción podría llevar pronto a la declaración de imprescriptibilidad de otros tantos delitos considerados graves, pero también con seguridad —en esta lógica expansiva— a muchos otros delitos que no siendo graves, «según las legítimas circunstancias especiales», amerite considerarlos tales, lo cual distorsionaría el sentido de esta medida especial. Esta espiral podría deslegitimar el consenso actual de que los delitos de lesa humanidad son legítimamente imprescriptibles. Además, esta expansión dejaría ver una política criminal dura claramente simbólica; pues, como ya se ha podido ver, la declaración de imprescriptibilidad no soluciona el problema de la impunidad.

Declarar imprescriptibles los delitos de corrupción podría llevar también a soluciones contraproducentes para la misma lucha legítima contra la corrupción. Así, una solución semejante al problema de la impunidad y la necesidad legítima de ampliar la prescripción podría convertirse en una solución aparente e incluso políticamente injusta, con el consiguiente peligro de abrir el camino a un derecho penal sin garantías; pues si la potestad del Estado de perseguir no se extinguiera nunca, las causas podrían mantenerse de por vida, como una espada de Damocles para los adversarios políticos.[17]

La imprescriptibilidad y su efecto simbólico —de que con ello el problema de la impunidad se ha solucionado— podría generar también un efecto negativo que podría llevar al Estado a renunciar a su deber de resolver las causas judiciales con celeridad. En efecto, hasta la actualidad, la «sanción» de la prescripción con que se «castiga» al Estado[18] por su desatención o lentitud ha significado para la administración de justicia un acicate para resolver con prontitud las causas sometidas a su

---

17 Cf. Clemente, José y Carlos Ríos. *Cohecho y tráfico de influencias*. Córdoba: Lerner, 2011, p. 57.

18 La Corte Suprema ha reconocido en su Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 7 que el plazo de persecución no es «discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía

conocimiento, puesto que siempre que un proceso concluye por prescripción, y ante los reclamos de los justiciables afectados, se producen investigaciones contra los jueces para pedir explicaciones por la lentitud en la tramitación, lo cual queda como mancha en el historial de los jueces. En consecuencia, la prescripción juega un rol importante de control de los plazos de duración de los procesos. Con la eliminación de la prescripción se generaría un incentivo negativo en la administración de justicia; pues, al no prescribir los delitos, entonces no existirá la presión para resolver las causas con prontitud.

## 5. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Si se observa en perspectiva y se quiere solucionar realmente el problema de la impunidad por prescripción, se hace necesaria una solución normativa que enfrente los distintos factores que condicionan la prescripción. Sin embargo, no soy de la opinión de declarar imprescriptibles los delitos de corrupción. Sí soy partidario de ampliar los plazos de prescripción. Se requiere de una reforma legislativa que amplíe los plazos de prescripción de manera general para todos los delitos de corrupción y no solo para algunos, como se hace con la regla contenida en el artículo 80 *in fine* del Código Penal.

Propongo *duplicar los plazos de prescripción para todos los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función*. El plazo que se posibilita con esta medida, sería más que suficiente para investigar y juzgar los delitos de corrupción. Sería un plazo razonable. Esta medida, aunada a la vigencia actual del nuevo Código Procesal Penal en materia de corrupción que trae consigo una nuevo modelo procesal que posibilita procesos rápidos —con diversas instituciones procesales que garantizan que los procesos no se extiendan en el tiempo y la *regla de suspensión de la prescripción* contenida en el artículo 339.1 NCPP que dispone que la prescripción se suspende cuando se formaliza la investigación preparatoria—[19] sería de mucha

---

fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes».

19 Cf. Pariona Arana, Raúl. «La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?». *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 23, 2011, p. 221 y ss.

ayuda para consolidar un marco normativo anticorrupción eficiente y garantista; y tornaría innecesaria una persecución *ad infinitum*.

Además, con esta medida que propongo se haría innecesario modificar la Constitución para posibilitar la imprescriptibilidad, con la consabida dificultad que una reforma constitucional implica. Con la *duplicación del plazo de prescripción* se haría patente, práctica y viable la voluntad política de evitar la impunidad por prescripción de los actos de corrupción, pues para su puesta en marcha basta con una ley. Con esta medida se gana rapidez, eficacia y legitimidad. Sería una respuesta rápida al clamor social y se haría dentro del los márgenes de legitimidad democrática que toda lucha contra la corrupción siempre debe resguardar.

## 6. CONCLUSIÓN

Los delitos de corrupción socavan gravemente la legitimidad del Estado y con ello su fundamento democrático. Por esto, es legítimo y se constituye en imperativo sancionar los actos de corrupción. En este ámbito no se debe tolerar la impunidad como efecto de la prescripción de la acción penal de estos delitos. Los procesos por corrupción deben terminar con una sentencia que declare la responsabilidad o inocencia de los acusados.

Por ello, es necesaria una reforma legislativa orientada a evitar la impunidad por prescripción, que entre otras medidas amplíe los plazos de prescripción de todos los delitos de corrupción. Sin embargo, la imprescriptibilidad no es una solución adecuada al problema de la impunidad de estos delitos, tampoco necesaria. Esta medida constituye únicamente una solución aparente, pero además —y esto es lo grave— trae consigo consecuencias contraproducentes para la propia lucha contra la impunidad de los delitos de corrupción.

Por lo señalado, lo más adecuado es duplicar los plazos de prescripción para los delitos de corrupción. Esta medida, junto con las reglas sobre prescripción que trae consigo el nuevo Código Procesal Penal, es suficiente para evitar la impunidad por prescripción. Esta propuesta tiene adicionalmente dos ventajas: primero, evita el siempre engorroso camino de la reforma constitucional; y, segundo, hace práctica, rápida y eficaz la voluntad política (si esta realmente existe) de evitar la prescripción de los delitos de corrupción.

# Prohibición de aplicación de leyes penales inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la lucha anticorrupción

**José Antonio Caro John**

## 1. PRELIMINARES

Desde una perspectiva tradicional, se sostiene que los principios constitucionales del derecho penal operan únicamente como límites negativos al *ius puniendi*, de manera que los principios constitucionales vendrían a ser barreras limitadoras a la actividad del legislador en la delineación de los contornos del sistema penal. Una idea como la esbozada tiene consecuencias prácticas trascendentales en los distintos planos de la actividad penal. Por ejemplo, en el plano legislativo, la creación de una norma penal deberá respetar las garantías que emanan de los principios reconocidos por la Constitución, caso contrario nos encontraremos frente a una norma inconstitucional. En el campo judicial, no podrá procesarse a una persona o imponérsele una sanción penal, si la norma o la sanción contradicen alguno de los principios constitucionales. En buena cuenta, el punto de llegada de este pensamiento será considerar los principios constitucionales garantías para la colectividad al momento de la creación de la norma penal y; para el ciudadano, al momento de la persecución iniciada en su contra.[1]

La limitación del *ius puniendi* por medio de principios derivados de un orden social básico no es reciente. Por el contrario, la actividad sancionadora estatal siempre ha sido limitada, claro está, de diversas formas, con distintos fines y en distintos niveles.[2] Los principios constitucionales como los conocemos en la actualidad tie-

1 Cf. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 459-509.

2 Una excelente revisión histórica de la fundamentación y limitación del *ius puniendi* puede encontrarse en Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 9 y ss.

nen su aparición con la modernidad. Gracias al fenómeno liberal de la constitucionalización de los sistemas jurídicos, nacido especialmente para limitar la actuación del Estado como institución (parte orgánica) y su poder sobre los ciudadanos en particular (parte dogmática),[3] surge la actual configuración de los principios constitucionales. El rasgo característico de esta idea liberal era considerar los principios constitucionales como auténticas garantías del ciudadano sobre el Estado. De allí que tradicionalmente se haya considerado que la Constitución solo sea un límite negativo, pues históricamente su función era reducida únicamente a tal aspecto.

Hasta aquí no existe mayor discrepancia en la doctrina, sino que, por el contrario, existe un relativo consenso en considerar los principios constitucionales límites negativos al *ius puniendi* y a todo el sistema penal.[4] Sin embargo, no ha sido mucho lo que se ha tratado sobre el origen y el fundamento de esa afirmación, y —lo que es igualmente importante— si los principios solo deberían considerarse un límite o su importancia podría extenderse más allá de esa función. Puede advertirse que hacemos propia la consideración de los principios constitucionales como límites negativos al sistema penal. No obstante, desde nuestra perspectiva integrada consideramos que la idea esbozada solo es una forma de ver los principios, que es correcta, pero parcial. Por ello hemos de resaltar que los principios constitucionales no solo son límites para la actividad sancionadora estatal, sino que son el mecanismo por medio del cual se fundamenta la criminalización de una conducta y la sanción de esta; los principios cumplen así una función fundamentadora del *ius puniendi*.

La tradición constitucional ha consagrado cuatro grandes principios que legitiman el sistema penal: *a*) el principio de legalidad, como derivado del principio de seguridad jurídica, es el fundamento formal de toda norma penal, pues determina las condiciones formales que ha de cumplir la norma para poder comunicar que una determinada conducta será sancionada; *b*) el principio de proporcionalidad cuya función es determinar si la afectación abstracta o concreta de un derecho fundamental —sea por la emisión de una norma penal, sea por la imposición de una

---

3 Cf. Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de derecho penal. La Ley penal y delito*. 2.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 30 y ss.

4 Cf. Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 179 y ss.

sanción— es o no legítima dentro de nuestro ordenamiento jurídico;[5] *c*) el principio de lesividad, que dota de contenido material a la conducta criminalizada haciendo legítima la aplicación de una sanción en caso de que una persona afecte el objeto de protección tutelado;[6] y, *d*) el principio de culpabilidad, que determina los contornos propios de la responsabilidad penal: responsabilidad subjetiva (dolo o culpa), responsabilidad individual (proscripción de la responsabilidad tribal) y responsabilidad solo por el hecho (solo se castiga una conducta y no la apariencia o la personalidad).[7] Estos principios han sido fundamentados por nuestro Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos.[8]

En esta oportunidad, solo analizaremos un aspecto puntual del principio de legalidad referido a la prohibición de aplicación ultractiva de leyes penales inconstitucionales y lo haremos en el marco de un contexto concreto: la lucha contra la corrupción. La corrupción es un fenómeno social que si bien tiene necesariamente implicancias jurídicas, tanto su origen como sus efectos son básicamente sociales. Para nuestro país es fundamental evitar que la corrupción siga presente, pues este fenómeno causa muchos daños no solo en el erario público, sino también directamente en el proceso de institucionalización de las entidades estatales y hasta en las privadas. Debido a la envergadura de este fenómeno social y a su tamaño, se considera que nos encontramos frente a una lucha donde se requieren diversos medios para evitar que este fenómeno siga penetrando en nuestra sociedad. Cuan-

---

5 Cf. Lopera Mesa, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 2006, pp. 100-170; Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, pássim.

6 El objeto de protección del derecho penal es el derecho objetivo o la vigencia de la norma, que se ve afectada por medio del quebrantamiento de expectativas normativizadas. Cf. Jakobs, Günther. «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?». En Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 39-56.

7 Cf. Bacigalupo Zapater, Enrique. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ara Editores, 2004, pp. 159-162.

8 Sobre el principio de legalidad, cf. STC. Expediente 010-2002-PI/TC, fundamento jurídico 44 y ss.; sobre el principio de proporcionalidad, cf. STC. Expediente 02250-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 45-48; sobre el principio de lesividad, cf. STC. Expediente 0019-2005-PI/TC, fundamento jurídico 35; sobre el principio de culpabilidad, cf. STC. Expediente 0014-2006-PI/TC, fundamentos jurídicos 53-56.

do los medios utilizados son actividades no normativizadas y destinadas a que los operadores jurídicos asuman una postura que evite la corrupción o su impunidad sin límites ni medida, nos hallamos frente al activismo propiamente dicho. Pero cuando el medio con el que se pretende combatir la corrupción es la norma y la interpretación de esta con sujeción a los principios constitucionales, nos hallamos frente a un ámbito estrictamente jurídico, objetivo, ponderado, desgajado de ideologías y consignas políticas, tal como el Tribunal Constitucional ha señalado:

> [L]a lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución. Admitir la insustentable distinción entre el ámbito legal y constitucional puede servir como excusa para, *so pretexto* de someterse a la ley, desvincularse de mandatos constitucionales, con la consecuente anarquía del ordenamiento y el descrédito institucional que ello supondría. Esta distinción es también contraproducente en un contexto en el cual se debe reafirmar una actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción. Y es que un órgano jurisdiccional no puede limitarse a ser un mero «aplicador» de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídicas, debe tutelar los derechos fundamentales, pero sin descuidar la tutela de otros valores y principios que la Constitución consagra.[9]

Es evidente que la corrupción es un fenómeno altamente nocivo que desde una perspectiva político criminal debe afrontarse mediante normas sustantivas y procesales que permitan su persecución efectiva, y con interpretaciones judiciales que eviten la impunidad de los actos de corrupción. No obstante, esta labor no puede dejar de lado las garantías básicas de todo ciudadano, ni los principios que fundamentan la actividad sancionadora estatal.[10] En virtud de la lucha contra la corrup-

---

9 STC. Expediente 006-2006-PCC/TC, aclaración del 28 de marzo de 2007, fundamento jurídico 11.

10 En el mismo sentido opina Ernesto Álvarez Miranda en STC. Expediente 2641-2012-PHC/TC, caso Quimper Herrera, voto singular, fundamento jurídico 5: «Estoy convencido de que la lucha contra la corrupción solo tiene éxito cuando se hace en términos constitucionales, y en el marco del estricto principio de igualdad ante la Ley. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir este instrumento eficaz en víctima de quienes pretenden desequilibrarlo o desestabilizarlo. La Constitución es muy clara al respecto, proscribe la persecución ajena a los principios de legalidad, taxatividad y proporcionalidad que informan al Derecho penal».

ción, no podrá sacrificarse el contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que estos deberán reinterpretarse a la luz de los principios constitucionales.

Precisamente ese ha sido el sentido que ha pretendido darle el Tribunal Constitucional al interpretar normas jurídicas —sustantivas y procesales— en materia anticorrupción, con mayor o menor éxito en cada ocasión. Entre los casos más conocidos sobre este tema tenemos al caso de la Ley Wolfenson,[11] el caso Luis Bedoya de Vivanco,[12] el caso Vera Abad,[13] el caso José Enrique Crousillat Torres López,[14] o, recientemente, el caso de la inconstitucionalidad de la Ley 29073[15] y el caso Quimper Herrera.[16] En todos ellos, el Tribunal Constitucional ha manifestado un papel activo a favor de la lucha contra la corrupción respetuoso de los

---

11 El Congreso emitió una Ley que permitía computar un día de prisión por un día de detención domiciliaria. Muchos sentenciados se acogieron a ella, siendo el caso más destacado el de los hermanos Wolfenson. Cf. STC. Expediente 0019-2005-AI/TC.

12 Luis Bedoya de Vivanco, postulante a la alcaldía de Miraflores, recibió dinero público de manos de Vladimiro Montesinos para apoyar su elección, siendo sentenciado por el delito de complicidad en peculado. Él cuestionó la calidad de sujeto activo de peculado de Montesinos Torres (Cf. STC. Expediente 2758-2004-HC/TC), y la conformación de una Sala Penal *ad hoc* para ver su caso y el resto de procesos anticorrupción (Cf. STC. Expediente 1076-2003-HC/TC).

13 Samuel Vera Abad, procesado por complicidad primaria en el delito de peculado, alegaba que no era posible que un particular cometiera el delito de peculado. El Tribunal Constitucional, basándose en lo resuelto en el caso Bedoya de Vivanco, declaró infundado su pedido. Cf. STC. Expediente 0910-2008-HC/TC).

14 El sentenciado José Enrique Crousillat López Torres fue indultado por el presidente Alan García Pérez, por razones humanitarias, poco tiempo después de ser liberado fue visto en el balneario limeño de Asia. Cf. STC. Expediente 3660-2010-HC/TC.

15 Cf. STC. Expediente 0017-2011-PI/TC. Se consideró que la norma mencionada era desfavorable a la lucha anticorrupción e inconstitucional al establecer que el delito de colusión requiere una defraudación patrimonial. El Tribunal Constitucional, siguiendo el criterio establecido por el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, considera que la defraudación no requiere del elemento «patrimonial» para configurarse.

16 El procesado Alberto Quimper Herrera, en compañía de sus custodios policiales, no se dirigió directamente a su domicilio luego de una diligencia judicial, sino que fue a un restaurante. Por ello, se le revocó el arresto domiciliario y se varió por el mandato de prisión preventiva tres días antes de que se cumpliera el plazo máximo de duración de esta medida (36 meses). El Tribunal Constitucional consideró que al estar custodiado policialmente no incumplió su deber de apartarse de su domicilio, dado que no tuvo realmente la posibilidad de desplazarse fuera de su domicilio, por lo que no se justificaba que se hubiera revocado el arresto domiciliario, con lo cual se dispuso la excarcelación del demandante. Cf. STC. Expediente 02641-2012-HC/TC.

principios constitucionales del derecho penal. Por un lado, allí donde existía una multiplicidad de interpretaciones jurídicas legitimó aquellas realizadas por la justicia ordinaria que evitaban la impunidad en materia penal, sin que dicha elección significara un desconocimiento de los principios del derecho penal. Asimismo, donde la interpretación jurídica realizada iba contra el deber constitucional de luchar contra la corrupción, optó por declarar la inconstitucionalidad de esta interpretación. Por otro lado, en aquellos casos donde no era posible una interpretación jurídica a favor de la lucha anticorrupción, o que realizarla hubiera implicado una afectación intensa o absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado, optó correctamente por favorecer la protección del derecho fundamental a afectarse.

En este contexto, nuestro trabajo busca graficar cómo el Tribunal Constitucional ha interpretado o admitido la interpretación de las normas penales sustantivas en el marco de la lucha contra la corrupción, y cómo esta actuación ha afectado o no las garantías derivadas del principio de legalidad. Para ello nos valdremos del caso de la Ley Wolfenson, donde el Tribunal Constitucional aparentemente afecta el principio de seguridad jurídica y la aplicación de la ley penal en el tiempo.

## 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DEL ESTADO

### 2.1. Surgimiento del principio de legalidad y su recepción en el ordenamiento jurídico nacional

La existencia del principio de legalidad solo se explica históricamente si se entiende el período previo a la edad moderna o Ilustración. El viejo régimen previo al siglo XVIII se caracterizaba por la flexibilidad que tenía en la persecución de opositores al Gobierno, para lo cual instrumentalizaba al sistema penal con objetivos políticos distintos a su función originaria. El rasgo característico de esa época fue el absolutismo en manos del gobernante, dejándose a su arbitrio el sistema de sanciones, lo cual atentaba contra la seguridad jurídica de todo ciudadano sin prerrogativas.

La llegada de la modernidad trajo cambios profundos en el sistema penal. Siguiendo la línea de pensamiento liberal, fue necesaria la introducción de principios que limitaran la actividad punitiva, convirtiéndose en verdaderas garantías para los ciudadanos. Uno de estos principios fue el principio de legalidad. El principio de legalidad fue formulado por primera vez por Beccaria, quien en su trascendental obra *De los delitos y las penas* señaló que: «Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente».[17] Sin embargo, si bien fue formulado originalmente por Cesare Bonesana, llamado «Marqués de Beccaria», el término latino con el que se lo identifica no corresponde a él, sino que la frase fue acuñada por Feuerbach de la siguiente manera: *Nullum poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crime sine poena legalis* (No hay pena sin ley, no hay pena sin delito, no hay delito que no tenga pena).[18]

Luego de su consolidación en la doctrina jurídico penal de la época, el principio de legalidad se consagró legalmente dentro de los principales cuerpos normativos, de tendencia claramente liberal. De esta forma, debido al proceso histórico en el que se encontraba, el principio de legalidad aparece consagrado en las Declaraciones de Derecho surgidas en los Estados Unidos de América, primero en la de Filadelfia (1774) y posteriormente en la de Virginia (1776). Sin embargo, donde adquiere su mayor importancia y su actual configuración fue en Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual en su artículo 8

17 Bonesana, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Buenos Aires: Heliasta, 1993, pp. 61-62.

18 El principio de legalidad tiene mucho sentido en la formulación de la teoría de la pena de Feuerbach. A su entender, la pena tenía como función la disuasión de los potenciales delincuentes, con lo que se ubica dentro de la prevención general negativa. Por ello, para que pudiera efectivamente alcanzar su objetivo de disuasión, el delito debía estar previamente establecido en una norma penal de alcance general, pues nadie podría ser disuadido de algo que no conociera. Cf. Bacigalupo Zapater, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general*. 2.ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 103-104.

señalaba que: «La ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente». A partir de esa fecha y, progresivamente, el principio de legalidad ha venido a formar parte integrante de la gran mayoría de los modernos ordenamientos jurídicos, tanto en las Constituciones Políticas como en los Códigos Penales.

Asimismo, debido a su importancia para la comunidad jurídica internacional, fue incluido como parte de las principales declaraciones internacionales de derechos, tales como: *a*) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito» (artículo 11.2); *b*) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15); *c*) La Convención Europea de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales (artículo 7,1); *d*) La Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 9); entre otros.

El principio de legalidad también se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional como a nivel legal. En el primer caso, su ubicación se encuentra en el artículo 2, numeral 24, literal d de la Constitución Política del Estado, el cual señala que: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». Es a partir del citado artículo que se desprenden tres de las garantías que conforman al principio de legalidad, salvo el caso de la prohibición de analogía *(lex stricta)*, el cual se encuentra en el artículo 139.9 del citado cuerpo normativo.

La ubicación del principio de legalidad dentro de la Constitución Política del Estado y el acogimiento del Perú a los acuerdos antes señalados no es un hecho trivial. Por el contrario, debido a su jerarquía, el respeto de las garantías que se desprenden del principio de legalidad es exigible a todos los operadores del ordenamiento jurídico penal. De allí que el Tribunal Constitucional lo considere un derecho fundamental.[19] El reconocimiento de esta condición posibilita acudir a la justicia cons-

19 Cf. STC. Expediente 05815-2005-HC/TC, caso Guzmán del Águila, fundamento jurídico 4.

titucional para remediar la acción que algún operador, sea al emitir la norma, sea al aplicarla, afecte alguna de las garantías derivadas del principio de legalidad.[20]

El contenido de este principio ha sido delimitado en distintos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional. Al haberse pronunciado sobre todas las garantías incluidas en este principio, es de especial relevancia la sentencia recaída sobre la acción de inconstitucionalidad contra el Código de Justicia Militar y Policial. En ella se señala que:

> [E]l principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal *(lex praevia)*; b) la prohibición de la analogía *(lex stricta)*; c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas *(lex certa)*; y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito *(lex scripta)*.
>
> Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103 de la Constitución, según el cual «[...] Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo [...]».
>
> Conforme a la exigencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, según el cual, «El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos».
>
> En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, conforme lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente N.° 0010-2002-AI/TC), que el principio de legalidad penal exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que

20 Hay que reconocer que este es un campo de tensión que ha dado lugar a una serie de enfrentamientos entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional sobre el ámbito de interpretación que la última tiene. Cf. Alcacer Guirao, Rafael. «El derecho a la legalidad y los límites de actuación del Tribunal Constitucional». En Santiago Mir Puig y Joan Queralt Jiménez (dirs.). *Constitución y principios del derecho penal. Algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15-64.

> las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal «d» del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «expresa e inequívoca»,
>
> [...]
>
> En cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.[21]

## 2.2. El principio de legalidad como base para la comunicación

Como señalamos al inicio de este trabajo, las garantías constitucionales —incluso los derechos fundamentales— siempre han sido formuladas en términos negativos. Vale decir, su análisis parte de la idea de que estos son escudos de protección del individuo frente al Estado. Sin embargo, las garantías también pueden verse de otra manera, como medios de legitimación del derecho penal.

El análisis del derecho penal debe realizarse siempre en función del momento histórico en el cual se encuentra, al compás del espíritu de la época arraigado en la identidad normativa de la estructura social. Solo de esta manera el derecho penal estará en condiciones de responder a la pregunta acerca de su legitimación social. En palabras de Jakobs: «la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es».[22] Agrega: la ciencia «pone en relación el Derecho con el espíritu de su tiempo y ordena, pero al mismo tiempo le reconoce y desconoce legitimidad a tal Derecho a partir de ese espíritu. Según la época de que se trate, entran en conside-

---

21 STC. Expediente 0012-2006-AI/TC, fundamentos jurídicos 22-26.

22 Jakobs, Günther. *El derecho penal como disciplina científica*. Traducción de Alex van Weezel. Madrid: Thomson / Civitas, 2008, p. 22.

ración fundamentos de ordenación y legitimación muy diversos».[23] En una sociedad como la actual que se caracteriza por su alta complejidad y dinamicidad, los contactos sociales se vuelven cada vez más anónimos. Por tanto, la posibilidad de comprender todas las actividades sociales y reconocer las características propias de cada individuo deja de ser viable.[24] Es en este contexto que la interacción entre personas precisa de un método de comunicación, el cual no se ampare en el conocimiento individualizado del interactuante, sino en la posición y la función que este desempeña en la sociedad, mejor dicho en el rol de la persona,[25] que es al fin de cuentas al que se dirige la norma penal, con el objetivo de estandarizar la comunicación en la sociedad.

El proceso de estandarización de la comunicación se da por medio de expectativas recogidas en la norma, conocidas como expectativas normativas. Estas expectativas prevén la posibilidad de ser defraudadas, siendo por esa razón que precisan ser estabilizadas contrafácticamente.[26] De esta manera, a la norma no solo se le considera una garantía para el ciudadano, sino que al fundamentar qué características debe reunir una conducta para ser punible, legitima una forma de intervención penal sobre la interacción social con miras a estabilizar la comunicación entre personas en la sociedad de nuestra época.

El sistema jurídico posee diversos tipos de normas, que se concretan en subsistemas jurídicos. Cada subsistema jurídico tiene una función determinada que gira en torno a la regulación de un determinado sector social. Existen normas que regulan

---

23 Jakobs, Günther. *El derecho penal como disciplina científica*, p. 23.

24 Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, pp. 51-53; Lesch, Heiko. *La función de la pena*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 47.

25 Cf. Piña Rochefort, Juan Ignacio. «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal». En Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 43.

26 Cf. Lesch, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 8 y ss.

las relaciones entre familiares (derecho de familia), la relación existente entre la administración pública y el administrado (derecho administrativo), el vínculo entre el empleador y sus trabajadores (derecho laboral), entre otras. En el caso del subsistema jurídico penal, se agrupan el conjunto de normas que tienen como objeto mantener la identidad normativa básica de la sociedad.[27] El rasgo característico de la norma penal es su importancia para el mantenimiento del sistema jurídico en general, pues dentro de sí tiene las expectativas normativas de cumplimiento —luego de las alojadas en el sistema constitucional— más trascendentales para la vida en sociedad. De esta forma, una norma penal garantiza que en una sociedad las personas puedan interactuar entre sí, y confiar en que el ordenamiento jurídico reaccionará cuando se defraude una expectativa normativa penal.

En este plano comunicativo, el principio de legalidad tiene un rol fundamental. Como hemos podido comprobar, este principio, desde un plano histórico, explica su razón de ser como principio limitador en la protección del ciudadano frente al poder punitivo estatal. Pero esta garantía, correcta a todas luces, no es la única, ya que es posible entender el principio de legalidad también como la herramienta mediante la cual se legitima la imposición de una sanción penal. En ese sentido, una sanción penal solo será legítima cuando la persona a la cual se pretende imponer conoció de forma previa, clara y mediante un medio de comunicación oponible a todo ciudadano la conducta criminal y la sanción que implica realizarla.

## 3. EL CASO DE LA LEY WOLFENSON: LEYES PENALES NULAS

Lo recién expuesto muestra su aplicación práctica en uno de los casos emblemáticos de la lucha contra la corrupción, donde se discute acerca de los fundamentos y límites de un aspecto puntual del principio de legalidad: la prohibición ultractiva de leyes penales inconstitucionales.

---

27 Cf. Jakobs, Günther. «¿Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», pp. 39-56.

### 3.1. Síntesis del caso

El 3 de julio de 2005 fue promulgada la Ley 28568, que modificó el artículo 47 del Código penal. La norma establecía que, a efectos del cómputo de la pena, debía hacerse un descuento en esta de un día por cada día de detención domiciliaria sufrida, lo que en la práctica hacía equivalente el descuento de pena de esta figura con el descuento por prisión preventiva.

Los comentarios de la doctrina fueron muy abundantes sobre el tema, especialmente desde el sector penal y constitucional. Por un lado, se encontraban las posturas que discrepaban con la modificación por considerar que no era posible equiparar la prisión preventiva con el arresto domiciliario, pues ambas instituciones tenían finalidades distintas.[28] Por otro lado, existían posturas que defendían la norma por considerar que resolvía el problema de la falta de abono en la pena del período sufrido de prisión preventiva, y llegaban a considerar que esta era idónea si se aplicaba en el marco del Código Procesal Penal del 2004.[29]

La norma desplegó sus efectos entre el 4 y el 21 de julio de 2005, fechas en las que estuvo vigente. Consecuentemente, toda persona que cumpliera el supuesto de hecho entre esas fechas pudo haberse beneficiado por ellas. El caso más célebre que se discutió, como producto de esta norma, fue el de los señores Wolfenson, quienes pudieron recuperar su libertad al descontárseles de la pena impuesta el período que estuvieron en detención domiciliaria.

Debido al escándalo mediático generado por este caso, un grupo de congresistas presentó una acción de inconstitucionalidad contra la norma a los pocos días de que esta estuviera vigente. El proceso de inconstitucionalidad culminó el 21 de julio de 2005, fecha en la que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda. Al momento de señalar los efectos que la sentencia iba a tener con relación a la aplicación de la norma cuestionada, el Tribunal Constitucional hizo una dife-

---

28 Cf. Meini Méndez, Iván. «La detención domiciliaria y su abono para el computo de la pena privativa de libertad». Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0196.htm>. Consulta hecha el 30 de octubre de 2012

29 Cf. Caro Coria, Carlos. «El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena». Disponible en: <www.justiciaviva.org.pe/arresto_dom/caro_coria.doc>. Consulta hecha el 30 de octubre de 2012.

renciación tomando como criterio el estado de las solicitudes de abono del período de detención domiciliaria a la pena cumplida. En todos aquellos casos donde la solicitud no hubiera sido presentada, hubiera sido concedida, o se encontrara en apelación, impuso al juez —sobre la base de los criterios establecidos en la sentencia— la obligación de desestimar la solicitud. Si la solicitud ya había sido concedida, y la resolución había alcanzado firmeza, entonces —en virtud de la seguridad jurídica— ya no podían revocarse sus efectos.

### 3.2. La norma penal en el tiempo

La garantía de ley penal previa se encuentra directamente establecida en el artículo 2, numeral 24, literal d de la Constitución Política del Estado. No es casual que en el orden de desarrollo del principio de legalidad en este artículo se haga mención expresa, en primer lugar, a esta garantía al sostener que «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté *previamente* calificado en la ley».

El mandato de existencia previa de la norma penal es el presupuesto del resto de mandatos que se desprenden del principio de legalidad, y por ende también es la mayor garantía que emana de este principio. En un sistema normativo que reposa sus fundamentos en la comunicación, el primer elemento que considerar es la existencia de un lenguaje común entre las personas que forman parte del sistema. En aquellos sectores donde los interactuantes no conozcan el lenguaje no podrá existir comunicación, por lo tanto las actuaciones que realicen carecerán de relevancia para el sistema jurídico y deberán tomarse como pura fenomenología. Al interior del subsistema jurídico penal existe un lenguaje de comunicación entre los interactuantes: la expectativa normativa y la pena. Si esta no se fija de forma previa al proceso comunicativo, entonces no podrá hablarse de comunicación alguna, porque no es posible defraudar ahí donde no existe expectativa.

La consecuencia de este subprincipio podemos apreciarla en la aplicación de la norma jurídica. Siendo coherentes con este razonamiento, la regla general será que la norma tiene efectos desde el momento en que esta se encuentra vigente, no siendo posible en ningún supuesto aplicar normas de forma retroactiva. Esta regla ha sido plasmada en nuestra Constitución Política, la cual establece en su artículo 103 que: «la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroacti-

vos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad».

Como podemos observar, nuestro ordenamiento jurídico adopta la aplicación inmediata de la norma jurídica desde que esta entra en vigencia. El ámbito de aplicación se da a los efectos producidos por las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional al señalar que:

> En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. En el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión.[30]

La aplicación inmediata de la norma penal es posible cuando se trata de normas más favorables al sentenciado o procesado. Si la expectativa normativa varía y reduce sus alcances, total o parcialmente, entonces esta variación ha de aplicarse a la persona que la defraudó, porque la sociedad ya no requiere estabilizar la expectativa en la misma medida que lo requería cuando la persona realizó la acción. Un tema polémico que resulta de esta regla es el de su aplicación en caso de normas penales en blanco, donde la variación se produce en la norma complementaria.[31] Es el caso donde una persona es procesada por un delito de contaminación ambiental y, con posterioridad a los sucesos, una norma administrativa varíe el límite máximo permisible, con lo que la conducta del procesado no habría significado un acto de contaminación por encima del límite señalado. Desde nuestro punto de vista, en casos como el planteado, la norma penal complementaria debe aplicarse inmediatamente, cuando estas resulten favorables al ciudadano. Consideramos que al remitirse la norma penal en blanco a una norma extrapenal para completar su supuesto de hecho, entonces una variación en la norma complementaria implicará una variación en el supuesto de hecho de la norma penal.

---

30 STC. Expediente 01300-2002-HC/TC, caso Eyzaguirre Maguiña, fundamento jurídico 7.

31 Cf. García Cavero, Percy. *Derecho penal. Parte general.* 2.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2012, p. 232 y ss.

Distinto es el supuesto donde la aplicación de la norma penal puede generar un efecto maligno a la persona. En estos casos se prohíbe que la norma nueva —indiferentemente de si afecta al supuesto de hecho (conducta criminal) o la consecuencia jurídica (pena)— se aplique a hechos, relaciones o situaciones jurídicas anteriores a su vigencia. Esta excepción se explica como parte de un proceso comunicativo. El ciudadano que defrauda una expectativa normativa solo puede ser sancionado porque su acción comunicó un sentido determinado en un momento concreto. Si posteriormente la expectativa varía y la sociedad modifica la expectativa ampliándola, esta variación solo podrá alcanzar a aquellas personas que no hubieran delinquido, porque ya no se trata de la misma expectativa sino que es una absolutamente distinta y que el infractor en ningún momento realizó.

También existe la posibilidad de que la norma penal haya generado efectos en el tiempo, pero que una nueva norma haya cesado estos efectos. En estos casos, fundamentalmente los conocidos como de normas penales intermedias, se ha establecido que la norma derogada —siempre y cuando sea más favorable a la original y la nueva— mantendrá sus efectos en el tiempo.[32] Si bien tanto la norma penal intermedia, como la ultractividad penal favorable, no se encuentran expresamente previstas en el Código Penal o la Constitución Política, ellas se derivan del artículo 139, numeral 11 del último cuerpo normativo citado, el cual prevé «la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

Finalmente, está el caso de las denominadas «leyes penales temporales», previstas en el artículo 8 del Código Penal. Por tales se entienden aquellas leyes penales que no tienen vocación de perpetuidad, sino que se dan como respuesta a un fenómeno social determinado.[33] Los efectos de estas normas en el tiempo perduran incluso cuando la norma ya no esté vigente, salvo que exista una disposición en contrario. Aparentemente, esta interpretación va en contra de nuestra postura basada en la re-estabilización de expectativas normativas como objeto del derecho penal, pues al perder vigencia la norma ya no resulta necesario sancionar el quebrantamiento de una expectativa que ya no forma parte de la identidad normativa de la sociedad. Sin embargo, este razonamiento no toma en cuenta que si bien la norma

32 En detalle, cf. Hurtado Pozo, José. *Manual de derecho penal. Parte general.* Tomo I. 4.a ed. Lima: IDEMSA, 2011, p. 320.

33 Cf. Hurtado Pozo, José. *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 319 y s.

ya no rige para nuevas personas, ni para aquellos actos anteriores a su vigencia, la expectativa sigue formando parte de la identidad normativa al haberse establecido que sus efectos permanecen incluso pese a que no esté vigente y nadie más pueda quebrantar la norma penal temporal.

### 3.3. La prohibición de ultractividad de los efectos generados por leyes penales inconstitucionales

La ultractividad de la norma penal presupone la existencia de un conflicto entre este tipo de leyes. Entran en conflicto la norma vigente en el momento en el que se realizó el hecho, la norma que la modifica y, finalmente, una norma que cesa los efectos de esta última. Para solucionar este conflicto han de recurrirse a los criterios establecidos en la Constitución Política y el Código Penal, según los cuales la regla es que el conflicto se soluciona aplicando aquella norma que sea más favorable a la persona, lo cual nos puede poner en dos supuestos.

En el primer supuesto, la norma penal vigente en la actualidad es la más favorable. La regla en esta variante es la aplicación inmediata de la norma penal, incluso cuando se trate de hechos o relaciones jurídicas anteriores a su vigencia. En el segundo supuesto, la norma penal intermedia, o la norma penal original, son más beneficiosas que la norma actual. En virtud de la prohibición de la aplicación retroactiva maligna y de la favorabilidad en la aplicación de la norma penal, deberá aplicarse —entre estas dos últimas normas— la que resulte más favorable a la persona.

La excepción a esta última regla de favorabilidad de los efectos en el tiempo de la norma penal ha sido dada por nuestro Tribunal Constitucional en lo que denominaremos la teoría de la «nulidad de la ley». Actualmente, el máximo intérprete de la Constitución ha sentado su postura en torno a los efectos que generan las leyes penales que han sido promulgadas y que posteriormente han sido declaradas inconstitucionales: no generan efectos.[34] En buena cuenta, debido a que son normas de segundo orden que contravienen una norma de primer orden, entonces nunca

34 Cf. STC. Expediente 0017-2011-PI/TC, fundamento jurídico 37.

tuvieron validez y por lo tanto no resulta legítimo que estas hubieran generado efectos que puedan ser válidamente otorgados.

Los antecedentes de esta teoría se hallan en la STC expediente 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 235, en la cual el Tribunal Constitucional ya mencionaba la posibilidad de regular los efectos en el tiempo de su sentencia. El primer pronunciamiento en el que se hace uso de esta regulación de efectos para el caso de una norma penal sustantiva es el caso Wolfenson, donde tenemos una situación que —vista someramente— podría considerarse el caso de una norma penal intermedia. Existen tres momentos que considerar: *a*) El Código Penal de 1991 no establece la posibilidad de descontar la prisión preventiva; *b*) La Ley 28568 modifica el Código Penal de 1991 y dispone que se descuente de la pena por cumplir el período sufrido de detención domiciliaria, a razón de un día de pena privativa por un día de detención domiciliaria; *c*) La sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la norma señalada, con lo que retoma su vigencia la primera norma.

Podría considerarse la Ley 28568 una ley penal intermedia si se toma en cuenta que es una norma que tuvo efectos por un tiempo determinado, que fueron favorables para los distintos procesados que hubieran sufrido detención domiciliaria, y que esta norma ya no rige al ser declarada su inconstitucionalidad. En esta línea argumentativa, lo lógico debería ser aplicar la regla de favorabilidad, con lo que toda persona que hubiera sufrido detención domiciliaria podría haber solicitado el abono de esta medida cautelar en la pena impuesta.

De haberse seguido esta interpretación, muchos procesados por delitos de corrupción de funcionarios hubieran podido reducir notablemente la pena privativa de libertad que les fue impuesta, porque habrían sufrido prolongados períodos de detención domiciliaria que pudieron ser descontados a la pena que venían sufriendo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, actuando dentro de los marcos interpretativos que legítimamente tiene, interpretó las normas constitucionales en relación con la vigencia de la norma penal en el tiempo y concluyó que la norma penal declarada inconstitucional no generó efectos en el tiempo.

Consideramos que la opción interpretativa asumida por el Tribunal Constitucional es correcta en el resultado, pero incompleta en la fundamentación. Una norma solo puede comunicar un sentido de validez cuando recoge en sí misma el espíritu arraigado de la época en el segmento concreto de la sociedad a donde va dirigida la regulación. No bastaba con declarar inconstitucional a la Ley 28568, sino que era

necesario señalar además que esta no es una ley penal intermedia, y no lo es porque en ella no concurre uno de los requisitos fundamentales para que se presente esta institución jurídica: la ley penal intermedia tiene que tener efectos válidos. Si bien fácticamente la norma pudo generar algún efecto al haberse respetado los requisitos formales para su emisión, esta nunca reunió el requisito de validez material que toda ley de un Estado constitucional de derecho debe reunir: su conformidad constitucional.

Precisamente, la identidad normativa de una sociedad recogida en el espíritu de las leyes penales solo es reconocible por medio de su constitucionalidad. En el segmento social de los delitos cometidos contra la administración pública, el valor de la lucha contra la corrupción se concretiza mediante normas jurídicas, tanto sustantivas como procesales, que impidan la impunidad en la sanción de este tipo de actos. Corresponde al Tribunal Constitucional, como operador jurídico activo en esta lucha, impedir la validez de las normas jurídicas que colisionen con el deber constitucional de luchar contra la corrupción, y que pretendan legitimar situaciones que la sociedad de nuestra época rechaza a todas luces.

## 4. CONCLUSIONES

- Los principios constitucionales limitan la actividad sancionadora estatal, pero a su vez son también su fundamento. Existen cuatro grandes principios que tienen influencia en este sector del ordenamiento jurídico: legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad. La interpretación que ha de darse a estos principios no es arbitraria, sino que esta se basa en los valores y normas que la Constitución del Estado fija, siendo uno de ellos la lucha contra la corrupción.

- El principio de legalidad es la garantía básica formal en materia jurídica, en general; y en materia sancionatoria (tanto administrativa como penal), en especial. Su origen moderno se halla en el proceso liberal de surgimiento de límites para la actividad estatal que provenía del poder absoluto. Por ello, inicialmente, se entendió este principio exclusivamente como una garantía que desempeña un papel limitador del *ius puniendi* concretado en cuatro aspectos: la existencia de una ley penal previa, la exigencia de norma criminalizadora escrita, que esta norma fuese lo suficientemente clara para que pueda

entenderse, y la imposibilidad de aplicar la analogía en contra de la persona. Pero, como hemos intentado desarrollar en el presente trabajo, el principio de legalidad no solo limita, sino que también fundamenta y legitima la intervención penal sobre la comunicación social.

- La norma penal se rige, salvo excepciones expresamente establecidas (básicamente prohibición de retroactividad maligna), por la regla de aplicación inmediata incluso a causas y efectos preexistentes a ella. En caso de existir un conflicto de normas penales en el tiempo, este se resuelve según el principio de favorabilidad, por el cual la norma aplicable es la más beneficiosa para la persona. En virtud de este principio, es posible que normas que ya no tengan vigencia en el tiempo puedan mantener sus efectos, siempre y cuando estos sean benéficos para la persona (ultractividad).

- En el caso Wolfenson, podría haberse considerado que existió una norma penal de aplicación inmediata cuyos efectos debieron regir a favor de todos los procesados de la misma situación jurídica (la Ley 28568). Sin embargo, esta interpretación hubiera favorecido a muchos procesados y sentenciados por delitos de corrupción de funcionarios, quienes habían cumplido largos períodos de detención domiciliaria que serían descontados de la pena impuesta. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró correctamente que la norma señalada era inconstitucional. Por tanto, la norma aludida tuvo una vigencia fáctica, mas no normativa, lo que implica que nunca estuvo en la capacidad de generar algún efecto que genere un derecho de aplicación inmediata ni ultractiva a favor de los procesados o sentenciados que desearan acogerse a ella.

# Segunda parte
# Estudios críticos sobre la Parte Especial de delitos contra la administración pública

# El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión

**Yvan Montoya Vivanco**

## 1. INTRODUCCIÓN

Los delitos de funcionarios públicos cometidos contra la administración pública presentan diversas dificultades político criminales, dogmáticas y procesales. Entre todas estas figuras penales, una de las que más problemas ha presentado para la jurisprudencia y la doctrina penal es la del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. En esta medida, la presente exposición tratará, brevemente, de dar respuesta a las grandes interrogantes surgidas alrededor de este tipo penal. Al respecto, podemos identificar las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es la legitimidad político criminal y constitucional del tipo de injusto de enriquecimiento ilícito?
- ¿Cuál es el bien jurídico protegido en este delito?
- ¿Cuáles son los elementos del tipo penal?, ¿qué naturaleza tiene la conducta tipificada en el artículo 401 del Código Penal? y ¿cómo se interpreta el elemento que demanda que el funcionario que se enriquece «no pueda justificarlo razonablemente»?
- ¿Cómo se afrontan los problemas de participación en un delito funcionarial de la naturaleza del enriquecimiento ilícito?

## 2. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL Y POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito ha sido extensamente criticado por la doctrina nacional e internacional. De acuerdo con esta postura crítica,[1] la figura del enriquecimiento ilícito representaría una vulneración a los siguientes principios constitucionales: *a*) principio de legalidad; *b*) principio de lesividad; *c*) principio de culpabilidad por el hecho; *d*) principio de presunción de inocencia; y *e*) principio *nemo tenetur*.

Es importante dilucidar esta legitimación constitucional del tipo penal sobre la base del análisis mismo del alcance de los principios o garantías que los críticos consideran vulnerados.[2]

### *a) Con respecto al principio de legalidad*

La primera crítica se refiere al principio de legalidad y a la garantía de taxividad o *lex certa* que se desprende de él. Al respecto, señala Sancinetti que en este tipo de delitos no se sabe cuál es el hecho concreto imputado.[3] Más aún, los críticos refieren que la legislación penal sanciona acciones u omisiones (artículo 12 del Código Penal peruano) y que la figura de enriquecimiento ilícito no describe ni una acción ni una omisión sino una situación.[4] En ese sentido, se sostiene que no se sabría o no se conocería la conducta prohibida por el legislador.

---

1 En esta medida, en el ámbito del derecho comparado, destaca la crítica hecha por SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000; y, en el ámbito nacional, debe destacarse la perspectiva crítica de ABANTO, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Palestra, 2001.

2 No compartimos la idea de Tomás Gálvez Villegas de responder a tales cuestionamientos críticos basándose en una flexibilización de los principios y una acentuación absoluta de los fines político criminales del mencionado tipo penal referidos a la eficiencia en la lucha contra la corrupción. Cf. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: IDEMSA, 2001, pp. 95 y 96,

3 Cf. SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 60. En el caso del ámbito peruano, cf. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2001, p. 465.

4 Cf. Cf. SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 16. Describiendo este tipo de críticas, aunque discrepando de ellas, cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 33.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,[5] la garantía de taxatividad exige al legislador penal la necesidad de redactar con suficiente grado de determinación la conducta prohibida y su consecuencia, de forma tal que el ciudadano pueda conocer, con meridiana claridad, lo que es objeto de prohibición.[6] De acuerdo con esa definición, no se exige que la conducta descrita en el tipo deba tener una cualidad determinada[7] (acción u omisión), sino una conducta que sea expresión de la voluntad humana. En esa perspectiva, considero que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito no lesiona el principio de legalidad, toda vez que la conducta prohibida es clara y precisa: se sanciona a todo aquel funcionario público que se enriquece o aumenta su patrimonio notoriamente por encima de sus ingresos de fuente lícita permisible, como consecuencia del ejercicio de algún cargo. Y es que todo funcionario público, por el estatus que ostenta al ingresar a la función pública, tiene acotadas las fuentes lícitas permisibles para el enriquecimiento de su patrimonio. Así, por ejemplo, el Código de Ética de la Función Pública (artículos 8.1 y 8.2) prohíbe explícitamente recibir dádivas o dinero de fuentes que puedan colocarlo en una situación de conflicto de intereses. En ese sentido, el estatus de funcionario público le obliga a impedir cualquier aumento de su patrimonio de fuente no permitida o a devolver o denunciar el que se haya efectuado. En consecuencia, los márgenes de libertad del funcionario público están debidamente delimitados, de manera que él puede saber qué le está permitido y qué le está prohi-

---

5 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0010-2002-AI/TC. En esa misma línea, cf. Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. «Fundamentos. La estructura de la teoría del delito». Madrid: Civitas, 2006. Huerta Tocildo, Susana. «Principio de legalidad y normas sancionadoras». En *Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 2000, pp. 11-56.

6 En ese sentido, concebimos el principio de legalidad desde una perspectiva absolutamente diferente a la funcionalista sistémica. En efecto, partimos de la perspectiva de ver el principio de legalidad como garantía ciudadanía, esto es, desde los intereses del individuo y sus libertades. Sin embargo, desde la perspectiva funcionalista sistémica, el principio de legalidad debe entenderse como un instrumento de objetividad tanto del trabajo del legislador penal como del operador judicial. En otras palabras, en esta concepción, las garantías del principio de legalidad son instrumentos de previsibilidad de las decisiones de estos estamentos estatales. Desde esta última perspectiva, no es punto de referencia si el ciudadano promedio comprende el alcance de lo prohibido por la norma, sino simplemente si los parámetros que establece el enunciado legal permite una decisión previsible.

7 Cf. Schroeder, Friederich-Christian. «La posesión como hecho punible». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.a época, n.º 14, 2004, p. 168.

bido.[8] Con posterioridad, haré referencia a la naturaleza (comisiva u omisiva) de la actividad que se prohíbe con el tipo de enriquecimiento ilícito. Adelantamos que, a pesar del dilema expuesto e incluso de haber sugerido una posición anteriormente, se trata de un comportamiento comisivo de carácter permanente.

### *b) Con respecto al principio de lesividad*

La segunda crítica advierte que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no protege ningún bien jurídico autónomo tutelable por el derecho penal. Se señala al respecto que, en todo caso, los bienes jurídicos protegidos lo constituyen aquellos bienes lesionados con el delito fuente, esto es, los bienes jurídicos protegidos en aquellos tipos de injusto que contienen los delitos que generan el enriquecimiento indebido (peculado, cohecho, etcétera). Esta perspectiva, no compartida por nosotros, niega la autonomía del bien jurídico protegido en el tipo de injusto del delito de enriquecimiento indebido.

En nuestro concepto, el objeto jurídico protegido detrás del tipo de enriquecimiento indebido es uno de carácter autónomo. Para concretar nuestra posición, es preciso, primero, indicar que es posición ampliamente compartida por la doctrina y la jurisprudencia que el bien jurídico genéricamente protegido en los delitos de corrupción de funcionarios (entendido de manera amplia) es el correcto funcionamiento de la administración pública.[9] La idea central es que este funcionamiento

---

8 Como señala Manuel Avilés: «[...] ¿cómo puede una persona autoconvencerse e intentar convencer a los demás y darlo como normal, de que se le regala un reloj de joyería de esos de marca potentísima o es invitado a un viaje de lujo en avión privado o en un gran yate y visita lugares exóticos a miles de kilómetros y el gasto lo hace un empresario potente y todo eso no tiene nada que ver de que tenga un cargo político importante? [...] ¿alguien cree que los grandes relojes o las joyas o un viaje de miles de euros o un coche de varios miles de euros, o algo parecido se regala solo para cultivar una amistad desinteresada y limpia?». Avilés, Manuel. «El enriquecimiento ilícito: algunas cuestiones previas y generales». En Manuel Avilés (coord.). *El enriquecimiento ilícito*. Alicante: Club Universitario, 2011, p. 60.

9 En la doctrina comparada cf., por todos, Asua Batarrita, Adela. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria». En *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 1-55. En la doctrina nacional, cf., por todos, Abanto, Manuel. Ob. cit. Igual idea sigue la sentencia del Tribunal Constitucional

correcto resulta trascendental en un Estado social y de derecho como el nuestro en la medida que por medio de la administración pública se prestan los servicios públicos esenciales para la existencia de nuestra comunidad política y, sobre todo, prestaciones de servicios particularmente esenciales para la satisfacción de derechos fundamentales de la población más vulnerable. A partir de aquí, se tiende cada vez más a considerar que los bienes jurídicos específicamente protegidos en los concretos tipos penales de carácter funcionarial están en relación con determinados valores, principios o intereses que acotan o limitan el ejercicio de la función pública. En algunos casos se destacarán algunos principios sobre otros, dependiendo de la actividad o el contexto de lo que específicamente se pretende prohibir.[10]

En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, tal como detallaremos posteriormente, se protegen los principios constitucionales de probidad, integridad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública (artículos 6.2, 7.2 y 6.5 del Código de Ética de la Función Pública); esto es, principios fundamentales relacionados con el correcto y regular ejercicio de la función pública.[11] Además, la importancia del objeto de protección se evidencia en que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito es una obligación internacional constituida[12] por el Estado peruano en el marco de la lucha contra la corrupción.

### *c) Con respecto al principio de culpabilidad por el hecho*

En conexión con lo anteriormente mencionado sobre el principio de taxatividad, este principio prohíbe en realidad hacer responsable a una persona por su estilo de vida, su comportamiento pasado o por la simple posición que ostenta. Se ha cuestionado que la redacción del tipo penal e enriquecimiento ilícito no describe un

---

del 3 de mayo de 2012 (expediente 00017-2011), párrafo 14, en la cual el Tribunal señala que «el correcto funcionamiento de la administración pública» no solo es un bien de contenido penal sino que tiene bases constitucionales.

10 Así, por ejemplo, la STC del 3 de mayo de 2012, párrafo 19 destaca que en el delito de colusión se protegen los principios de transparencia de las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

11 La sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada vincula los bienes jurídicos protegidos a una serie de principios que rigen el ejercicio de la función pública.

12 Cf. artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

acto sino una situación[13] o un autor,[14] lo que afectaría el principio general de que el derecho penal solo sanciona actos u omisiones. Como mostraré más adelante, concuerdo con la opinión de que el delito de enriquecimiento ilícito sanciona una situación,[15] en concreto una posesión; sin embargo, con ello no queremos afirmar que se está reprimiendo algo distinto a una omisión. En ese sentido, fundamentaré más adelante la tesis de que nos encontramos frente a un delito de omisión pura de garante.

### *d) Con relación al principio de presunción de inocencia*

Se ha señalado que la figura del enriquecimiento ilícito lesiona y vulnera el principio de presunción de inocencia, toda vez que se presume la comisión de un delito previo y se provoca una inversión de la carga de la prueba.[16] Según nuestra consideración, no nos encontramos frente a una inversión de la carga de la prueba, sino frente a una distribución de la carga de la prueba.[17] Ello debido a que el fiscal mantiene la obligación de acreditar la situación de enriquecimiento ilícito,[18] hecho que se imputa probando primero el aumento patrimonial desproporcionado y evidenciando luego que solo un fragmento de este está justificado respecto de sus

---

13 Cf. Abanto, Manuel. Ob. cit., p. 476.

14 Cf. Salina Sicchia, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2011, p. 603.

15 Esto queda más claro aún en la redacción original del delito de enriquecimiento ilícito (utiliza el término «enriquecerse»). Desde una perspectiva no patrimonialista de los delitos funcionariales (artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción), es posible entender que el tipo penal, más que prevenir actos concretos de incorporación indebida de bienes al patrimonio de funcionario, lo que pretende es prevenir una situación de aumento u enriquecimiento del funcionario como consecuencia del abuso del ejercicio del cargo.

16 Cf. Abanto, Manuel. Ob. cit., p. 476.

17 Gálvez Villegas niega que se pueda hablar de una inversión de la carga de la prueba e incluso de una distribución de la carga de la prueba. Cf. Gálvez Villegas, Tomás Aladino. Ob. cit., p. 299. Compartimos la primera afirmación, pero no la segunda (principio de distribución de la carga de la prueba). El error de este autor radica en que fundamenta este último principio sobre el carácter dispositivo de un proceso (carácter que, compartimos, se niega al proceso penal). Tal como lo sostiene Fernández López, el fundamento de este principio radica en el principio de aportación de parte, el cual sí es posible afirmar en el proceso penal. Cf. Fernández López, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: IUSTEL, 2005, p. 279 y ss.

18 Cf. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008.

fuentes lícitamente permitidas[19] (se entiende que, por el estatus que ostenta el funcionario, lo que no se encuentra dentro de dichas fuentes lícitamente aceptables resulta indiciariamente fuente ilícita). Esto último no es una presunción de culpabilidad, sino la consecuencia de los deberes que asume el funcionario en el desempeño del cargo (deber de impedir el enriquecimiento indebido); esto es, al funcionario procesado le corresponderá responder a la imputación fiscal, justificando razonablemente su situación de enriquecimiento. No se trata de que el imputado tenga que probar su inocencia, sino que como parte de su derecho de defensa tiene el derecho de responder al indicio imputado por el Ministerio Público. En consecuencia, debemos negar que estemos frente a la presunción de un delito previo, lo que sucede es que, a partir del estatus especial de funcionario público, se genera una posición de garante respecto al ejercicio correcto de la función pública y, en ese sentido, el deber de impedir enriquecimientos indebidos y, como consecuencia de ello, de fundamentar debidamente todo enriquecimiento obtenido en el período de función pública. Formulado con otras palabras, cuando un sujeto se inserta en la función pública asume un conjunto de derechos y deberes, dentro de los cuales están los de probidad e integridad en el ejercicio del cargo.[20] En palabras del legislador argentino Rafael Bielsa, «[...] el candidato que acepta el cargo o empleo, implícitamente acepta, como funcionario, el régimen unilateralmente establecido por el Estado».[21] Esta condición no puede considerarse abusiva o arbitraria dado que, como sostiene acertadamente Soler, «[...] quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda, que se aparte de la función pública».[22]

---

19 Sigue esta lógica argumentativa —en nuestro concepto correcta— la denuncia de la fiscal de la nación, Nelly Calderón, de fecha 13 de septiembre de 2001, contra un ministro de Estado por delito de enriquecimiento ilícito.

20 A diferencia de la mayoría de la doctrina penal actual, Carlos Caro Coria niega la calidad de una posición de garante del funcionario y, en ese sentido, niega la posibilidad de entender estos delitos como delitos omisivos. Cf. Caro Coria, Carlos. «El delito de enriquecimiento ilícito». En *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir*. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 150. Al contrario de esta posición y sobre los fundamentos de la tesis que afirma la posición de garante del funcionario público respecto de los principios que rigen el ejercicio de la función pública, cf. el convincente texto de Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando. *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública / Universidad Santiago de Compostela, 2003, p. 295 y ss.

21 Bielsa, Rafael. «El enriquecimiento ilícito». Citado por Sancineti, Marcelo. Ob. cit., p. 24.

22 Soler, Sebastián. «El proyecto del Código Penal del Dr. Sebastián Soler». Citado por Sancinetti, Marcelo. Ob. cit., p. 31.

Sancinetti ha cuestionado, en nuestra opinión de manera no convincente, esta postura sobre la base de que el carácter exorbitante del estatus del funcionario público no puede contradecir el carácter indisponible de las garantías constitucionales.[23] Lamentablemente, Sancinetti no fundamenta esta afirmación. En nuestra consideración, los derechos fundamentales o las garantías constitucionales de las cuales uno es titular sí son perfectamente disponibles en situaciones determinadas o frente a actos concretos (los ejemplos de disponibilidad de derechos son múltiples: donación de sangre, autorizar el levantamiento del secreto bancario o la reserva tributaria, aceptar una intervención quirúrgica estética, aceptar los insultos del padre frente a un comportamiento irregular y no plantear querella alguna, etcétera). Evidentemente, esto es diferente al carácter irrenunciable de tales derechos, los cuales se perfilan como renuncias en abstracto e intemporales. En ese sentido, aceptar deberes intensos al asumir una función pública no puede suponer la vulneración de derechos o garantías constitucionales.

### *e) Con relación al principio nemo tenetur edere contra se*

Esta crítica es la que, según mi opinión, genera mayores dificultades. El principio constitucional *nemo tenetur*,[24] esto es, el derecho del inculpado a guardar silencio o a no incriminarse, quedaría supuestamente lesionado al momento de obligar al funcionario público a explicar el motivo de su enriquecimiento (el cual probablemente sería un acto ilícito penal), bajo amenaza de recibir una sanción penal. Lo que pretende proteger este principio es que a partir del silencio o negativa del imputado a aceptar los hechos presuntamente delictuosos no se derive perjuicio alguno ni sea indicio de nada.[25] Teniendo en cuenta ello, es preciso aclarar que no es el silencio o la mentira del imputado sobre la fuente (ilícita) de su enriquecimiento lo

---

23 Cf. Sancinetti, Marcelo. Ob. cit., p. 25.

24 En la sentencia del 25 de mayo de 2010 (expediente 897-2010), el Tribunal Constitucional afirmó que «*el derecho a no autoincriminarse* constituye derecho interno y ostenta fuerza normativa directa, conforme lo establecen los artículos 1 y 55 de la Constitución, en tanto derecho de la persona humana que se encuentra reconocido de manera expresa en el ordinal *g*) del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos».

25 Cf. Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra: Arazandi, 2004, p. 525.

que permite directamente presumir enriquecimiento ilícito de este, sino el estatus o posición del funcionario público al cual ya hemos hecho referencia. La no ubicación de la fuente de enriquecimiento dentro de las fuentes lícitas permisibles a un funcionario público permite formar un indicio incriminatorio sólido susceptible de quebrar la presunción de inocencia.

De cualquier modo, las garantías y los principios no son absolutos, sino que presentan límites. En ese sentido, en el supuesto de que estemos frente a un colisión de principios, como puede ser el caso del principio de no autoincriminación frente al principio de prohibición de la corrupción o del correcto funcionamiento de la administración pública (STC del 14 de septiembre de 2009, expediente 4407-2007 PHD/TC), se requerirá una ponderación de derechos y bienes jurídicos. En tal sentido, creo que el principio *nemo tenetur* deberá ceder, en el caso particular de este tipo de delitos funcionariales, a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado un mandato constitucional,[26] un principio constitucional[27] y un interés preponderante[28] e internacional:[29] la prohibición de la corrupción y el correcto funcionamiento de la administración pública.

Finalmente, creo importante mencionar una crítica realizada por el profesor Marcelo Sancinetti en materia de política criminal[30] al momento de hablar sobre la inoperancia del precepto penal en la jurisprudencia argentina. Me parece claro y obvio que en el Perú la utilidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito es incomparable con la del contexto argentino, ello debido a la recurrencia con que la justicia se ha valido de este tipo penal para perseguir y sancionar grandes y graves casos de alta corrupción. La legitimidad democrática del tipo penal no está en juego.

---

26 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 006-20006-CC/TC.

27 Cf. Sentencias del Tribunal Constitucional en los expedientes 009-2007-PI /TC y 0010-2007-PI/TC.

28 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 00019-2005-AI/TC.

29 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 1271-2008-HC/TC.

30 Cf. Sancinetti. M. Ob. cit., pp. 16-19.

## 3. SOBRE EL BIEN JURÍDICO

Hemos adelantado nuestra opinión sobre el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, es importante recordar que existen dos posiciones en debate. Por un lado, un sector de la doctrina[31] considera que el bien jurídico depende, a su vez, de los bienes jurídicos afectados con los delitos que ocasionan y originan el enriquecimiento (cohecho, peculado, entre otros). Así, el delito de enriquecimiento ilícito se convierte en una figura subsidiaria y de peligro frente a los bienes jurídicos protegidos con la conducta precedente. Sin embargo, la jurisprudencia[32] ha sido clara al momento de señalar que la fuente ilícita de los actos precedentes puede estar constituida por diversos comportamientos u omisiones simplemente no ajustados a derecho: delitos de funcionarios públicos, delitos comunes e infracciones administrativas ajenas a la problemática penal.[33] Esto se deduce del hecho de que cualquier fuente ilícita de enriquecimiento vinculada al ejercicio del cargo afecta o vulnera los principios de probidad, integridad y otros principios que se protegen en el ejercicio de la función pública. En consecuencia, la fuente de un enriquecimiento ilícito no está limitada a la realización de actos delictivos previos y menos aún a la realización de otros delitos funcionariales (cohecho, peculado, etcétera).[34]

Teniendo en cuenta esta perspectiva, considero que estamos frente a un bien jurídico autónomo. Lo complejo del tema es determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos específicos que protegen detrás del tipo de injusto del delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, si bien sabemos que en los delitos contra la administración pública lo que se protege en general es el correcto funcionamiento de la

---

31 Cf. Abanto, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Grijley, 2003, pp. 540-541. Posición semejante se aprecia en Caro Coria, Carlos. Ob. cit., p. 142.

32 Cf. Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 09-2001.

33 Cf. Sentencia de la Corte Suprema del 16 de mayo de 2003 recaída en el Recurso de Nulidad 09-2001.

34 En consecuencia, no compartimos la posición de Gálvez Villegas, quien considera que la fuente debe ser de un ilícito penal. Cf. Gálvez Villegas, Tomas Aladino. Ob. cit., p. 140. Esta posición nos lleva a evaluar o determinar necesariamente la fuente penalmente ilícita del enriquecimiento, lo que desvirtúa la finalidad político criminal de esta figura.

administración pública, resulta necesario precisar y determinar el objeto jurídico concreto de protección en cada delito funcionarial. Nuestra concepción es que el bien o bienes jurídicos protegidos en el delito de enriquecimiento ilícito se aproximan considerablemente al bien jurídico genérico de protección, pero enfatizando en algunos principios nucleares que determinan el ejercicio correcto de la función pública. En mi opinión, como ya hemos mencionado, el bien jurídico protegido está constituido por los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública, principios que están reconocidos por el Código de Ética del funcionario público y tienen su base implícita en la Constitución Política del Estado.[35] Estos principios prohíben que el funcionario público acepte el acrecentamiento o enriquecimiento de su patrimonio a partir de fuentes no permitidas según su estatus especial.

Adscribirnos a esta posición otorga grandes ventajas jurídicas. En primer lugar, defender la autonomía del delito de enriquecimiento ilícito no es incompatible con el carácter residual o subsidiario de este delito frente a otros delitos contra la administración pública. En efecto, varios tipos de delitos funcionariales como el delito de peculado o el cohecho pasivo protegen en gran medida los mismos principios. La diferencia radica en el contexto en el cual tales principios se protegen. Mientras que, en el peculado, la probidad y otros principios se protegen en el contexto de la administración o custodia de patrimonio asignado al Estado; en el enriquecimiento ilícito, la probidad se protege en el contexto de toda la actividad funcionarial. En ese sentido, no resulta inconveniente plantear que en algunos casos pueda observarse un enriquecimiento ilícito derivado de un acto de peculado, lo que debe resolverse, dado el mismo bien jurídico protegido, aplicando el delito de peculado sobre la base del principio de especialidad (concurso aparente de leyes penales). En segundo lugar, nuestra postura nos permite negar la crítica que, en tanto se dice que no es posible identificar un objeto del bien jurídico,[36] la tipificación de la presente conducta vulnera el principio de lesividad. Como hemos mencionado, nuestra interpretación permite identificar un bien jurídico concreto: los principios de probidad e integridad, transparencia y veracidad en el ejercicio

35 Véase al respecto la construcción de los principios constitucionales protegidos en el delito de colusión en la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de mayo de 2012 (expediente 017-2012 PI/TC).

36 Cf. Abanto, Manuel. Ob. cit., p. 541.

del cargo. Cuando el funcionario acepta enriquecerse o acrecentar su patrimonio a partir de fuentes patrimoniales no permitidas está lesionando los bienes jurídicos mencionados.

## 4. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Luego de haber identificado el bien jurídico en el delito de enriquecimiento ilícito, pasaré a detallar los elementos del tipo penal. Así, podemos identificar los siguientes elementos:[37] *a*) ejercicio de un cargo público; *b*) enriquecimiento del funcionario público; *c*) la ilicitud del enriquecimiento y su carácter de delito; y *d*) vinculación entre el ejercicio del cargo y el enriquecimiento.

### *a) Ejercicio de un cargo público*

El delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial. Este hecho jurídico tiene implicancia en la teoría de la autoría y la participación, toda vez que, de acuerdo con la teoría de la unidad del título de la imputación, el funcionario público será autor del delito mientras que el *extraneus* se constituirá como partícipe. Ahora bien, lo relevante de la categoría de delito especial trasciende de lo meramente formal. Como bien lo señala Vásquez Portomeñe, la característica de los delitos especiales tiene como elemento peculiar la situación particular en la que se halla el autor frente al bien jurídico; esto es, una posición de estatus que comparte los esquemas conceptuales de la posición de garante, de forma que en ella reside el propio fundamento de la tipicidad.[38] Con ello lo que se quiere decir es que la categoría de delito especial trasluce el hecho de que la persona que ocupa un cargo en la función pública asume no solo potestades sino un conjunto de derechos y deberes extensivos que delimitan de antemano y de forma clara sus actos. En este sentido, es posible trazar de forma clara la frontera entre las fuentes legítimas de enriquecimiento y las fuentes ilícitas, de modo que fuera del primer parámetro todo se

37 Cf. Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad 589-2008.

38 Cf. Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando. Ob. cit., pp. 322-331.

considerará, de manera automática, fuente no lícita. Como bien ha señalado el profesor Sebastián Soler, uno de los principales defensores del presente tipo penal: «[...] la asunción de un cargo público, comporta un deber [...] de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial».[39]

### *b) Enriquecimiento del funcionario público*

En relación con el enriquecimiento, se debe tener en cuenta que el sentido del tipo penal no se centra en el acto de incorporación de algún bien al patrimonio del funcionario, sino en la situación de acrecentamiento o enriquecimiento de su patrimonio. Son dos momentos relacionados pero distintos. El acto de incorporación es el primer momento y el acto de acrecentamiento o enriquecimiento del patrimonio es un segundo momento. El tipo penal se concentra en el segundo momento, esto es, en el comportamiento de acrecentar o enriquecer su patrimonio.[40] Esto queda en evidencia sobre todo por dos razones. En primer lugar, porque el enriquecimiento ilícito no solo se produce por actos de incremento o incorporación de un bien al patrimonio del funcionario, sino por la disminución o extinción de pasivos por parte de terceros (estos no son supuestos de incorporación de bienes al patrimonio).[41] Por lo tanto, el elemento central no será el acto de incorporar algún bien al patrimonio del funcionario sino de acrecentarlo sea por actos comisivos como también por comportamientos omisivos (disminución de pasivos). En segundo lugar, interpretar el tipo penal sobre la base de actos concretos de incorporación de bienes al patrimonio del funcionario vuelve a incurrir en el error de considerar estos delitos como si fueran de naturaleza patrimonialista y no centrada en la infracción de principios o valores que informan el ejercicio de la función pública. Esta tendencia viene prescrita no solo por la Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo XII), sino también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en reciente sentencia del 3 de mayo de 2012, a propó-

---

39 Soler, Sebastián. *Proyecto de Código Penal*. Citado por Sancinetti, Marcelo. Ob. cit., p. 31.

40 Como veremos posteriormente, esto no implica que no sea importante determinar luego la fuente de dicho acrecentamiento o dicho enriquecimiento. Sin embargo, se trata de un presupuesto necesario, pero no del verbo nuclear del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

41 Cf. Sentencia emitida por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 847-2006.

sito de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 29703 que reformaba el delito de colusión de funcionarios.

De ello se desprende algo trascendente, esto es, el hecho de que lo que estamos sancionando no es un acto puntual o una suma de actos puntuales aislados, sino que, por el contrario y tal como ya lo dijimos, estamos frente a una situación de acrecentamiento o de enriquecimiento del patrimonio del funcionario que no se puede justificar. En buena cuenta, estamos ante un delito de posesión. Se prohíbe al funcionario público poseer patrimonio de fuente indebida o ilícita. El enriquecimiento es apreciable preliminarmente por medio de una comparación de la evolución real del patrimonio del funcionario con las declaraciones juradas, las que por ley están obligados la mayor parte de funcionarios públicos a presentar.

Queda por determinar qué implica acrecentar o enriquecerse patrimonialmente. ¿Se trata de una conducta puntual o de una omisión (de impedir dicho acrecentamiento o enriquecimiento)? En este punto hemos tenido en cuenta el debate intenso entre la profesora Nuria Pastor Muñoz,[42] quien afirma que se trata de un comportamiento omisivo, especialmente una comisión por omisión, y el profesor Juan Pablo Cox Leixelard,[43] quien niega la naturaleza omisiva de los delitos de posesión y afirma el carácter comisivo de estos delitos.

No es este el espacio para exponer los detalles del debate mencionado; por el momento nos convence la tesis del profesor Cox Leixelard, según la cual, la posesión de bienes o patrimonio (prohibidos o no, este no es aún el tema que vamos a tratar) es un comportamiento que supone control o dominio del sujeto sobre tales bienes o patrimonio, en consecuencia «[...] la tenencia de una cosa o bien dentro de una esfera de custodia supone el ejercicio de una actividad, da lugar a un proceso dinámico que se prolonga en el tiempo».[44]

Una vez delimitado que el acrecentamiento o enriquecimiento del patrimonio del funcionario es un comportamiento comisivo permanente, corresponde ahora pre-

---

42 Cf. Pastor Muñoz, Nuria. Ob. cit., p. 33.

43 Cf. Cox Leixelard, Juan Pablo. *Delitos de posesión: base para una dogmática*. Montevideo: B de F, 2012. Véase especialmente desde la p. 120 en adelante.

44 Ib., p. 175.

cisar cuándo o cómo se configura el carácter ilícito de dicho enriquecimiento o acrecentamiento del patrimonio. Dado que hasta aquí no existe una conducta con relevancia penal, la ilicitud del enriquecimiento se constituye como elemento central del tipo penal. En nuestra consideración, la ilicitud se configura en el mantenimiento de un patrimonio o de determinados bienes de dicho patrimonio que se obtuvieron de fuente no permisible según el estatus del funcionario público y como consecuencia del ejercicio de dicha función. Es por tal motivo que la ilicitud del enriquecimiento radica en aquella conducta que contraviene una norma jurídica, sea cual fuere su naturaleza jurídica, pero siempre vinculada al desempeño de la gestión pública. En palabras de la Corte Suprema,[45] el origen ilícito debe provenir de actividades no ajustadas a derecho. Como vemos, no se dice que la fuente sea necesariamente un delito contra la administración pública, sin que simplemente se traten de actividades no ajustadas a derecho. Ello se desprende del hecho de que la ilicitud parte de la obligación del funcionario de impedir o evitar tal situación de enriquecimiento de fuente no lícita. De ahí se desprende que todo lo que no esté permitido sea automáticamente considerado un indicio de un acrecentamiento indebido del patrimonio del funcionario.

### *c) La ilicitud del enriquecimiento y su carácter de delito permanente*

El delito se constituye con la mantención de una situación de enriquecimiento o de acrecentamiento de un patrimonio o de bienes de ese patrimonio que provienen de fuente jurídicamente no permitida. Esta característica marca la naturaleza permanente del delito, el cual cesa cuando dicho patrimonio ilícito sea oportunamente devuelto o denunciado, según corresponda, por el propio funcionario o cuando este (el patrimonio ilícito) sea descubierto por el sistema penal. Que el funcionario público mantenga un patrimonio o bienes de fuente ilícita supone ya la vulneración de los principios de probidad, integridad, transparencia y veracidad. Ello, que puede suponer actos de consumación instantánea, no impide en absoluto considerar esta figura un delito permanente. Mientras que el concepto de consumación es un concepto formal, la terminación o la consumación material implica el cese de la situación de la antijuridicidad mantenida por el funcionario públi-

45 Cf. Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 09-2001.

co.[46] Evidentemente, el estatus del funcionario público y su posición de garante respecto de los principios que rigen el ejercicio de la función pública no solo le prohíben aceptar o tolerar el enriquecimiento de su patrimonio de fuente ilícita, sino que lo obligan a adoptar todas las medidas necesarias para no mantener dicho patrimonio maculado.

La mantención de una situación patrimonial ilícita por parte del funcionario público puede materializarse no solo en no haber evitado dicha situación sino *(ex post)* también por comportamientos omisivos como no devolver o no denunciar tal patrimonio según corresponda.

A partir de todo lo mencionado, la razonabilidad de la justificación de la fuente de enriquecimiento es un criterio de valoración probatoria que incidirá directamente en la determinación de licitud o ilicitud de tal situación de enriquecimiento de su patrimonio. De esto se desprende que el núcleo de lo prohibido no es, en esencia, la no justificación del enriquecimiento sino el haber mantenido dicha situación de enriquecimiento indebido o, entre perspectiva negativa, no haber impedido o evitado (teniendo el deber de hacerlo) dicho enriquecimiento.

### *d) Relación funcionarial entre el enriquecimiento ilícito y el ejercicio del cargo*

El enriquecimiento ilícito debe originarse y mantenerse durante y como consecuencia del ejercicio del cargo público. Esta concepción determina dos limitaciones: la relación funcionarial y la relación temporal. De la primera se desprende que el enriquecimiento debe ser a propósito del ejercicio del cargo.[47] Esto quiere decir que, como bien lo has señalado el Pleno Jurisprudencial del 2008,[48] el funcionario público debe haber hecho uso de su cargo para enriquecerse ilícitamente. Respec-

---

46 Una mayor explicación sobre la diferencia entre consumación (en sentido formal) y terminación (consumación material) se expone en Montoya Vivanco, Yvan. «El delito de desaparición forzada de personas como delito permanente». Cuaderno de Trabajo n.º 11. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

47 Cf. Sentencia emitida por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 589-2008.

48 Cf. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008.

to a la segunda delimitación, se exige que el enriquecimiento haya ocurrido durante el cargo público, no de forma previa o posterior al cargo. Pese a ello, existe una extraña jurisprudencia que señala lo siguiente: «[...] el enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la mediada que es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo».[49] ¿Qué quiere decir la Corte Suprema cuando se refiere a un criterio ultratemporal? Pareciera que se está haciendo referencia a los casos en los que el funcionario público, si bien no se enriquece, puede favorecer a terceros y luego, una vez retirado de la función pública, el tercero favorecido lo recompensa patrimonialmente o lo incorpora a su centro de trabajo con un sueldo muy elevado. Sin embargo, en nuestra opinión, el término «ultratemporal» continúa siendo gaseoso y de difícil comprensión.

## 5. PROBLEMAS EN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Tradicionalmente, se ha interpretado el delito de enriquecimiento ilícito como uno de naturaleza comisiva e instantánea, de forma que se consumaría con el solo acto de enriquecerse. Sin embargo, una definición como esta genera serias dificultades frente a los supuestos de participación del delito. Por ejemplo: un funcionario público, en abuso del cargo, se enriquece indebidamente. Con el objetivo de eliminar los indicios de su actividad ilícita, y luego de haber recibido el dinero ilegal, el funcionario público empieza a entregar dinero a sus parientes y amigos, quienes a su vez forman negocios para continuar acrecentando el dinero ilícito. Parece claro que, desde la teoría de la unidad del título de la imputación, el funcionario público respondería como autor del delito de enriquecimiento ilícito. Ahora bien, ¿qué sucede con sus familiares y cómplices? Si continuamos con la teoría de la unidad del título de la imputación, el *extraneus* deberá responder como cómplice del delito contra la administración pública. Sin embargo, estamos frente a lo que, en la lógica de los delitos instantáneos, se constituiría como una intervención posconsumativa

49 Sentencia emitida por la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 09-2001.

y que, por lo tanto, sería impune. Al respecto, véase la emblemática sentencia del 30 de diciembre de 2004 en la que se absuelven a los cómplices (familiares) de un delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público.

Así, toda intervención de un *extraneus* posterior al incremento del patrimonio o a la disminución de los pasivos sería impune. Lo único que puede evitar esta consecuencia de impunidad es la teoría parcialmente aceptada del acuerdo previo. De acuerdo con esta teoría se tiene que demostrar un pacto o acuerdo previo a la comisión del hecho delictivo entre el autor *(intraneus)* y los partícipes. Sin embargo, como ocurrió en el caso de la sentencia mencionada, hay supuestos en los que existe una pausa de tiempo relativamente amplia entre el momento originario del enriquecimiento del funcionario y el momento en que se favorecieron los terceros *extraneus*, de forma que su participación impune se ubicaría en la fase de agotamiento.

Pero esta interpretación —que lleva a la impunidad de los partícipes— solo es posible si se sigue aceptando pasivamente la tesis de que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito comisivo e instantáneo. En nuestro concepto, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito efectivamente comisivo pero permanente, dado el control y dominio real que el funcionario público mantiene del patrimonio o de determinados bienes obtenidos ilícitamente, teniendo el deber —por el estatus y los deberes que ostenta— de evitarlo, impedirlo, devolverlo o denunciarlo, según corresponda. En otras palabras, la situación, y con ella el delito, permanecerá en tanto el deber de rechazar el patrimonio ilícito se mantenga. Es evidente que durante ese período puede evidenciarse cualquier tipo de participación delictiva, especialmente la complicidad. Asimismo, es evidente que durante ese tiempo no empezará a correr el plazo de prescripción.

# Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional

**Yvana Novoa Curich y Julio Rodríguez Vásquez**

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los tipos penales más problemáticos dentro de la gama de delitos contra la administración pública es el de enriquecimiento ilícito. En este sentido, el Poder Judicial se ha encontrado con diversas dificultades al momento de afrontar casos reales de enriquecimiento ilícito, específicamente, problemas dogmáticos y en materia probatoria. Este artículo busca exponer algunos de dichos problemas, así como los aciertos y errores jurisprudenciales al momento de darles solución. Para ello, hemos realizado una búsqueda exhaustiva y un análisis detallado de la jurisprudencia más relevante de la Corte Suprema de la República y Superior de Lima, emitida entre el 2005 y el 2012.[1]

En esta medida, el presente artículo tratará de abordar de manera crítica los siguientes temas: *a*) el delito de enriquecimiento ilícito y el principio de *ne bis in idem* dado que se procesan penalmente casos por la comisión de un delito fuente del enriquecimiento ilícito y, a su vez, se procesa por el delito de enriquecimiento ilícito; *b*) casos problemáticos de «encubrimiento» del incremento patrimonial ilícito; y *c*) algunas consideraciones sobre la valoración de la pericia contable en el delito de enriquecimiento ilícito.

1 Dicha jurisprudencia nos la proporcionó el Centro de Investigaciones Judiciales (CIJ) y también fue extraída de otras fuentes como la página web del Poder Judicial.

## 2. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM*

### 2.1. Definición y fundamento

El principio de *ne bis in idem* en su dimensión sustantiva o material consiste en el derecho fundamental a no ser castigado dos veces por el mismo hecho cuando exista identidad de hecho, sujeto y fundamento. Se trata de un principio que deriva de la cláusula del Estado de Derecho.[2]

Si bien este principio no se encuentra contemplado expresamente en la Constitución Política de 1993, la dimensión material encuentra su fundamento dentro del principio de proporcionalidad y también se encuentra relacionado con el principio de legalidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre este principio indicando lo siguiente:

> El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, [...] a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.[3]

De esta manera, se entiende que lo que busca evitar el principio de *ne bis in idem* es el exceso en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado al prohibir que se sancione dos veces (o se valore dos veces un mismo elemento) por un mismo hecho a una misma persona y bajo un mismo fundamento. Es decir, busca impedir un

---

2 Cf. San Martín Castro, César. *Estudios de derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2012, p. 166.

3 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2050-2002-AA/TC, fundamento 19.

trato desproporcionado en la aplicación de la sanción penal.[4] La gravedad de la pena que se imponga debe ser proporcional en relación con el hecho que se busca sancionar.[5]

Como ya se señaló, el principio de *ne bis in idem* encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad, el cual está parcialmente establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal que sostiene que «la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho [...]». Al respecto, puede decirse que este principio le exige al juzgador verificar que la pena se encuentre en relación de correspondencia con el injusto cometido por el agente. Es decir, debe haber correspondencia entre la gravedad del hecho y la pena que corresponde aplicar.[6]

Cabe mencionar que la dimensión procesal de este principio supone que nadie puede ser procesado dos veces por la misma infracción. Esta dimensión del principio constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso, el cual se encuentra plasmado en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que «en su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta [...] que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo *objeto*. Con ello se impide la dualidad de procedimientos, así como el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos».[7]

### 2.2. El enriquecimiento ilícito y el principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Como ya se mencionó, los temas abordados en el presente artículo se estructuran sobre la base del análisis de diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia. De este modo, en el tema concerniente al presente apartado, hemos seleccionado al-

---

4 Cf. García Rivas, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 76.

5 Cf. Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2004, p. 136.

6 Cf. Recurso de Nulidad 3242-2003.

7 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 04819-2011-PHC/TC, fundamento 2.

gunas sentencias que pueden ilustrar un problema que parece pasar desapercibido en el análisis realizado por la Corte al emitir sus fallos. Este problema es el concerniente a la denuncia fiscal por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito y, a su vez, se fundamenta en los mismos hechos y mismos sujetos, por la supuesta comisión de otros delitos contra la administración pública como lo es, por ejemplo, el peculado.

Pues bien, como se sabe, el delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el artículo 401 del Código Penal, es un delito residual, es decir, se sanciona la comisión de este delito cuando no es posible evidenciar la comisión de un delito contra la administración pública previo, pero sí es posible detectar un incremento no justificable razonablemente en el patrimonio de un funcionario público. Se entiende que si el funcionario público no es capaz de justificar razonablemente la procedencia de aquel monto que incrementa su patrimonio (o reduce sus pasivos), entonces dicho enriquecimiento proviene de actividades no ajustadas al ordenamiento jurídico.[8] Siendo esto así, consideramos que se vulneraría el principio de *ne bis in idem* en aquellos casos en los que, incluso desde la denuncia fiscal, se acusa a la vez por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y por la comisión de otro delito respecto del cual el funcionario se habría enriquecido ilícitamente. Esto, a nuestro parecer, constituye un claro exceso que los tribunales nacionales deben saber abordar y, en consecuencia, no condenar por ambos ilícitos cuando se basan en los mismos hechos, la misma persona imputada y el mismo fundamento. No obstante, cabe anotar que esto no impide considerar la posibilidad de un concurso real o ideal en aquellos casos en los que el delito fuente del enriquecimiento no logra en absoluto explicar o solo explica muy parcialmente el considerable desbalance patrimonial no justificado por el funcionario público. En estos casos se requiere de los dos tipos penales para desvalorar el hecho.

Es importante considerar que, a pesar de que el delito de enriquecimiento ilícito tenga un bien jurídico autónomo —referido a la integridad, probidad o transparencia en el ejercicio de la función pública—, este último, al ser un bien jurídico

---

8 Cf. Ejecutoria Suprema del 30/12/2004, recaída en el Recurso de Nulidad 2976-2004-LIMA. En San Martín Castro, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema de la República*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 652. Citado por Rojas Vargas, Fidel. *Código Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada*. Tomo II: «Parte especial». Lima: IDEMSA, 2009, p. 634.

genérico, comprendería implícitamente los objetos de protección de las otras figuras penales como lo sería el peculado, el cohecho, la colusión, entre otras. En este sentido, se cumpliría con la identidad de fundamento cuando se intenta abrir proceso contra una misma persona por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y de su delito fuente, a la vez, y se basa en el mismo hecho.

A continuación, analizaremos los extractos pertinentes de algunos fallos de la Corte Suprema donde se aprecia el problema planteado.

### *a) Recurso de Nulidad 2328-2006 Apurímac*

> Primero: Que en el aspecto impugnatorio el señor Fiscal Superior, en su recurso de nulidad interpuesto [...], alega que se *encuentra acreditado el delito de enriquecimiento ilícito que se atribuye a los encausados durante su gestión edil, aprovechándose de sus cargos se apropiaron de dinero del Estado e incrementaron su patrimonio*; [...] Segundo: Que en el aspecto fáctico [...] del contexto de la acusación Fiscal [...] aparece que los hechos incriminados consisten entre otros [en] que durante el ejercicio de los años de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho, los procesados David Huamán Ccerare, en su condición de Alcalde y Serapio Aguirre Mena y Santos Anampa Falcón, ambos en su calidad de Regidores de la Municipalidad Distrital de Tintay cuando asumieron estos dos últimos el cargo de tesorería para el cual estaban impedidos, se apropiaron de dinero de la Municipalidad consistente en fondos por ingresos del año mil novecientos noventa y seis; que pagaron viáticos indebidamente; que no justificaron la disposición de dieciocho mil nuevos soles del Fondo de compensación Municipal [...] (Las cursivas son nuestras)

Como puede apreciarse en este primer extracto, el fiscal basa su acusación por enriquecimiento ilícito en el hecho expreso de que los funcionarios públicos en mención se apropiaron de dinero público. En este orden de ideas, si al fiscal le quedaba claro que había ocurrido una apropiación de dinero e incluso se tenía pruebas de las diferentes formas de apropiación, pues debió acusar por el delito de peculado. Inclusive, tácitamente se entiende que lo que se ha cometido es el delito de peculado. Acusar por el delito de enriquecimiento ilícito, a pesar de tener todos esos elementos de prueba, constituye un claro exceso. Al respecto, la Corte en este caso indicó lo siguiente:

> [...] no se ha llegado a determinar la materialidad del delito de enriquecimiento ilícito que se atribuye a los encausados [...] así como no se ha establecido su responsabilidad penal por dicho delito [...] Séptimo: *Que debe tenerse en cuenta que los encausados fueron condenados como autores del delito de peculado, en el contexto de la sentencia recurrida* [...] Por estos fundamentos declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia [...] (Las cursivas son nuestras)

Como se puede apreciar, la Corte no acepta la tesis del fiscal, pero no señala expresamente que condenar a los acusados por enriquecimiento ilícito vulneraría el principio de *ne bis in idem* en tanto sería un claro exceso contra los acusados, más aún cuando se menciona brevemente en la sentencia recurrida que a los acusados ya se les había condenado por peculado. La Corte apela a un argumento poco pertinente como es que «no se ha establecido su responsabilidad penal por dicho delito».

### *b) Recurso de Nulidad 3238-2006 Cusco*

> Primero: Que, el marco de la pretensión impugnatoria por el que la presente causa viene a conocimiento de este Supremo Tribunal, está constituido por el recurso de nulidad [...] que absuelve a Felipe Cirilo Castro Cuentas de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública —Peculado, Malversación de fondos, corrupción de funcionarios y enriquecimiento indebido— en agravio del Estado [...] Segundo: Que el suceso histórico que se atribuye al procesado Castro Cuentas estriba en que en su condición de Teniente Alcalde de la Municipalidad Distrital de Quiquijana —Cusco, conjuntamente con el Alcalde [...] Juan Francisco Castro Tapia [...] adquirieron el vehículo tipo Combi «Asia» [...] por la suma de cuarenta y un mil ochocientos dólares americanos, empero se dio una cuota inicial de once mil ochocientos dólares americanos y se firmaron veinticuatro letras de mil seiscientos veinticinco dólares americanos cada una, los que sumados hace un total de cincuenta mil ochocientos dólares americanos, cuyo precio fue sobrevaluado pues el citado proveedor lo adquirió tres meses antes de esta transacción por el monto de catorce mil ciento veintiocho dólares; asimismo, [...] no se conformó un comité de adquisición ni se convocó a licitación todo *con el afán de apropiarse de dinero proveniente del Estado y enriquecerse ilícitamente*. (Las cursivas son nuestras)

En este caso, se aprecia que la argumentación del procurador anticorrupción de Cusco —que plantea el recurso de nulidad— por la cual asevera que se ha cometido peculado y enriquecimiento ilícito —entre otros delitos— se basa en un mismo hecho: apropiarse de dinero proveniente del Estado y mantenerlo en su poder. Sobre ello, es importante resaltar que «un supuesto propio de la doble incriminación o punición es la prohibición de doble valoración, en cuya virtud de una misma circunstancia o hecho no se pueden extraer dos o más consecuencias con repercusiones en la responsabilidad penal y/o en la punibilidad».[9] En este sentido, no se deben valorar de manera doble aquellos elementos que conforman la definición típica. Asimismo, cabe indicar que en este caso no se trataría de un concurso de delitos entre el delito previo y el enriquecimiento ilícito, sino que este último sería la fase de agotamiento del delito previo, razón por la cual el desvalor de enriquecerse ilícitamente ya estaría incorporado en el reproche penal dirigido hacia el delito previo. En buena cuenta, se debe aplicar el mismo razonamiento que puede apreciarse respecto a la relación entre el delito de lavado de activos y su delito previo:

> [...] no habría posibilidad de alegar la punición del autor que realiza luego acciones materiales de lavado de dinero, por la sencilla razón que se trataría de actos posteriores impunes, esto es, se trataría de actos de agotamiento del delito previo. El lavado de activos solo sería para quien ha intervenido en el hecho previo una consecuencia implícita de la comisión del delito anterior, pues nadie realizaría un delito para guardar u ocultar las ganancias, sino más bien emplearlas con los más diversos fines. Pretender la sanción de quien participa en el posterior hecho del lavado supone en buena cuenta infringir y pasar por alto la garantía del non bis in ídem.[10]

Pues bien, en el caso sobre el que recae esta sentencia, la Corte falló confirmando la inocencia del procesado respecto a la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, indicó que no se practicó ningún elemento de prueba que acredite el incremento patrimonial indebido. Sin embargo, consideramos una vez más que hubiera sido adecuado que la Corte se pronunciara expresamente sobre la prohibición de *ne bis in idem* y reafirmara la inocencia del acusado en el extremo referido al enri-

---

9 Cf. San Martín Castro, César. Ob. cit., p. 166.

10 Gálvez Villegas, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*. Lima: Grijley, 2004, p. 38.

quecimiento ilícito en tanto se le acusó por peculado sobre la base del mismo hecho: la apropiación de dinero público y el mantenimiento de este en su patrimonio.

### *c) Recurso de nulidad 2565-2007 Arequipa*

> Primero: Que el marco de la pretensión impugnatoria por el que viene la presente causa a conocimiento de este Supremo Tribunal, está constituido por el recurso de nulidad interpuesto [...] contra la sentencia [...] que absuelve de la acusación fiscal al procesado Luis Gonzalo Gonzáles Adrián por el delito de enriquecimiento ilícito y a Juan Cancio Vega Pimentel también por el delito de enriquecimiento ilícito y peculado [...]. Segundo: Que el suceso histórico objeto del proceso estriba en que [...] los procesados Luis Gonzalo Gonzáles en Adrián en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Polobaya y Juan Cancio Vega Pimentel en su condición de Asesor Externo Contable de la citada Municipalidad, habrían cometido los siguientes hechos ilícitos: i) haberse enriquecido ilícitamente al apropiarse aproximadamente de trescientos veinticuatro mil quinientos noventiocho nuevos soles con setentidós céntimos de nuevo sol; ii) haberse apropiado en beneficio propio y de terceros de quinientos cincuentiseis mil ciento sesenta nuevos soles con cuarentidos céntimos de la fuentes de financiamiento del fondo de compensación, canon minero, renta de financiamiento [...]; y iii) al momento de la transferencia de cargo al nuevo alcalde electo, el encausado Gonzáles Adrián se negó a entregar la documentación contable y financiera que sustentaba los gastos y gestiones realizadas durante su gobierno.

Como puede apreciarse, en este caso concreto también se acusó y abrió proceso penal tanto por el delito de peculado como por el de enriquecimiento ilícito contra las mismas personas. A diferencia de las sentencias comentadas anteriormente, en este caso la Corte Suprema se pronunció específicamente sobre esta doble imputación basada en los mismos hechos, indicando lo siguiente:

> [...] este Supremo Tribunal estima se procedió correctamente al concluir por la absolución a los procesados Luis Gonzalo Gonzáles por el delito de enriquecimiento ilícito y a Juan Cancio Vega Pimentel por el delito de enriquecimiento ilícito y peculado, y la condena al sentenciado Luis Gonzalo Gonzáles Adrián por el delito contra la administración pública —peculado—. Sexto: *Que se arriba a esta conclusión en cuanto a la irresponsabilidad penal del*

> *proceso Luis Gonzalo Gonzáles por el delito de enriquecimiento ilícito, especialmente porque el desbalance económico imputado se debe al dinero ilícitamente apropiado* en su calidad de funcionario público representante de la Comuna agraviada. (Las cursivas son nuestras)

En este sentido, consideramos correcto que la Corte haya hecho referencia a que cuando un funcionario se apropia de dinero y se prueba que comete peculado, en este caso, ya no cabe acusarlo y mucho menos condenarlo por la comisión de enriquecimiento ilícito si dicho aumento en su patrimonio se fundamenta en el dinero apropiado previamente al cometer peculado.

### *d) Recurso de Nulidad 510-2005 Áncash*

> Segundo: Que de estudio de autos se desprende que los hechos ilícitos denunciados por el Presidente del Frente de Defensa de los Intereses del Pueblo de Taricá, don Pepe Zarzosa Villafán, están circunscritos a dos actos efectuados por el procesado Pelé Rodolfo Tinoco Meyhuay en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Taricá - Huaraz, como son el haber contratado con el Regidor Isaías Obregón Tinoco (también procesado en autos) para el transporte de materiales de construcción para diferentes obras en el Distrito, [...] por las sumas de ochocientos setenta y doscientos nuevos soles respectivamente; así como también haber efectuado transacción con su co-encausado el Regidor de la misma comuna Fabián Ayala Chinchay por la compra de doscientos cuarenta y tres maderas por la suma de novecientos noventa y dos nuevos soles [...] Sexto: Que con respecto a los delitos de enriquecimiento ilícito y encubrimiento real, no se ha acreditado en autos la existencia de los elementos constitutivos de dichos actos ilícitos [...] DECLARARON NO HABER NULIDAD en la sentencia que absuelve a Pelé Rodolfo Tinoco Meyhuay, Isaías Obregón Tinoco y Fabián Ayala Chinchay de la acusación fiscal por los delitos de enriquecimiento ilícito y encubrimiento real [...], y los condena como autores de peculado, aprovechamiento indebido del cargo, colusión desleal [...]

Pues bien, este es un ejemplo final de cómo nuevamente se acusa y abre proceso penal contra un sujeto por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito y, a su vez, por otros delitos de corrupción como peculado o colusión, basándose —según se desprende de los hechos narrados en la sentencia— en los

mismos fundamentos fácticos. Felizmente, en este caso la Corte de Áncash falló confirmando la absolución de los procesados por el delito de enriquecimiento, pero sí condenó por los delitos de peculado y colusión. Hubiera sido adecuado, además, que la Corte pudiera explicar el fundamento o razón detrás de esa decisión: el no poder incurrir en exceso y el respeto al principio de *ne bis in idem*.

Finalmente, nos parece adecuado recalcar que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito residual y, por ese motivo, una misma persona no puede ser procesada o sancionada por la comisión de este delito y a su vez por la comisión de la actividad ilícita que la llevó luego a incrementar su patrimonio indebidamente. En este orden de ideas, cabe señalar que el delito de enriquecimiento ilícito:

> Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría —concurso aparente de tipos—. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el Enriquecimiento Ilícito —Lex primaria derogat legi subsidiariae—.[11]

Del análisis de los extractos jurisprudenciales previamente comentados, se puede concluir que parece existir una tendencia en la labor fiscal a acusar a una persona por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y, a la vez, por la comisión de otro delito previo como peculado, cohecho, colusión, etcétera; se olvida así que el delito de enriquecimiento ilícito es subsidiario o residual y que los principios y garantías penales y con sustento constitucional —como lo es en este caso el *ne bis in idem*— deben regir desde el inicio de las investigaciones penales para abrir un proceso penal. No se trata de formalizar una denuncia fiscal con la mayor cantidad de delitos que se puedan imputar con tal de que el juzgador tome en cuenta alguno, sino de imputar hechos y acusar por delitos del modo correcto y sobre la base

11 Expediente 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011.

de una adecuada y suficiente fundamentación de hechos y de derecho. Asimismo, nos parece encontrar una tendencia jurisprudencial a absolver en estos casos problemáticos por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, pero sin mayor fundamentación. Es decir, no se deja en claro que condenar también por este delito a una persona a quien ya se está condenando por otro delito, basado en los mismos hechos, constituye un quebrantamiento de los principios que rigen el ordenamiento penal y también constitucional. Es decir, no se habla expresamente de la prohibición de exceso y de las implicancias que tiene transgredirla en los derechos fundamentales de los procesados.

## 3. ALGUNOS CASOS PROBLEMÁTICOS DE «ENCUBRIMIENTO» DEL INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

### 3.1. El incremento del patrimonio en el delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público está regulado en el artículo 401 del Código Penal de la siguiente manera:

> Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito
> El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Del texto normativo se desprende que la conducta típica presenta los siguientes elementos: *a*) vinculación con la función pública; *b*) abuso del cargo; *c*) incremento del patrimonio; y *d*) ilicitud del incremento. Dentro de estos elementos, los que más dificultades han generado al momento de enfrentarse a un caso real son el incremento del patrimonio y la determinación de su ilicitud. En tal sentido, antes de abordar el tema central de este acápite, conviene señalar que por incremento del patrimonio entendemos la situación por medio de la cual el funcionario o servidor público aumenta sus activos o disminuye sus pasivos. Por otro lado, la ilicitud radica en la vulneración de los deberes y principios del correcto y normal

funcionamiento de la administración pública (probidad y transparencia), de forma tal que el funcionario mantiene en su patrimonio bienes de fuente contraria a derecho.[12] A partir de esta definición, parece lógico decir que el incremento ilícito del patrimonio se configura como un elemento central del tipo penal del enriquecimiento ilícito,[13] toda vez que los demás elementos del tipo importarán en tanto giran en torno a él. De ello tenemos que el incremento ilícito del patrimonio es tan importante como problemático, ya que presenta grandes dificultades en el campo de la prueba. Tal es la magnitud de este problema, que el legislador, mediante un tercer párrafo, ha configurado el siguiente indicio legal:

> Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Sin embargo, a pesar del intento del legislador de colaborar con el Ministerio Público en su deber de probar los hechos delictivos, la casuística nos presenta varias formas mediante las cuales diversos funcionarios públicos han pretendido evadir a la justicia penal valiéndose de la obstaculización e impedimento de la labor probatoria. A ello se ha sumado muchas veces una mala labor pericial y, lo que preocupa aún más, una deficiente valoración de la prueba por parte de los órganos jurisdiccionales, quienes muchas veces no analizan críticamente dichas pericias y caen en los obstáculos puestos intencionalmente por los funcionarios corruptos. En esta línea, la Corte Suprema de la República nos ha presentado una gama de recursos de nulidad que han sido concedidos por deficiente valoración de la prueba,[14] lo

---

12 Cf. Recurso de Nulidad 09-2001-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003.

13 Cf. Montoya Vivanco, Yvan. «Análisis crítico del delito de enriquecimiento ilícito». Boletín n.º 15, Proyecto Anticorrupción del Instituto Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta hecha el 8 de octubre de 2012. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/septiembre_2012_n15.pdf>.

14 Cf. Recurso de Nulidad 2278-2004-Lima; Recurso de Nulidad 3861-2005-Arequipa; Recurso de Nulidad 4931-2006-Lima; Recurso de Nulidad 4472-2007-Cusco; Recurso de Nulidad 589-2008-Lima; y Recurso de Nulidad 710-2011-Lima.

cual ha generado un gasto público y una peligrosa dilatación del proceso penal. Formulado con otras palabras, nos encontramos frente a un problema grave: funcionarios públicos procesados por corrupción vienen utilizando estrategias que promueven una mala valoración de la prueba, hecho que genera la extensión del proceso penal o, lo que resultaría aún más penoso, la elusión de la justicia penal.

Presentado el problema, intentaremos aportar en su solución mediante la descripción de algunos casos, muchos de ellos repetitivos en la jurisprudencia nacional, que manifiestan los problemas probatorios que genera el elemento de incremento ilícito patrimonial en el delito de enriquecimiento ilícito.

### 3.2. Casos probatorios problemáticos

Hemos señalado anteriormente que el presente acápite busca ayudar a la resolución de problemas probatorios por medio de la exposición de diversos casos presentes en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Pues bien, estamos frente a casos en donde los funcionarios públicos alegan enunciados mendaces, hechos o prácticas inverosímiles con el objetivo de evadir la justicia penal mediante la dispersión del patrimonio ilícito entre el núcleo familiar o amigos cercanos. ¿Cómo puede ayudar esta lista de casos? Creemos que la presente tipología de supuestos fácticos puede servir al momento de la valoración judicial de la prueba en dos aspectos: *a*) *aspecto positivo*, manifestar un conjunto de indicios que lleven a demostrar la responsabilidad del funcionario público; y *b*) *un aspecto negativo*, manifestar un conjunto de indicios que lleven a tomar por falsos los enunciados inverosímiles de las partes.

Este pensamiento descansa en que el indicio del incremento ilícito del patrimonio, normativizado en el párrafo tercero del artículo 401 del Código Penal, cobra gran fuerza probatoria si, al momento de dar las justificaciones de su situación económica, el sospechoso recurre a hechos poco plausibles o situaciones falsas.[15] Ello toda vez que nos encontraríamos al menos ante dos indicios de la comisión del ilícito penal: por un lado, el hallazgo de enriquecimiento patrimonial sin fuente

15 Cf. García Cavero, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Reforma, 2010, p. 65.

reconocible; y, por otro, la irrazonable justificación entendida como el conjunto de supuestos de declaraciones mendaces o hechos inverosímiles.[16] Alguien podría alegar que esto es superfluo, toda vez que con el incremento del patrimonio es suficiente para probar el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, creemos que la desproporción notoria del incremento patrimonial del funcionario público no es una prueba acabada o determinada, y que, por el contrario, requiere de pruebas adicionales[17] o de cualquier otro elemento indiciario (como es el caso de la declaración mendaz, del enunciado inverosímil o de la obstrucción del proceso penal).

Ahora bien, en el caso de los enunciados mendaces, resulta obvio que el argumento de la defensa del funcionario público quedará totalmente desvirtuado. Sin embargo, dicho resultado también lo comparten las prácticas funcionariales inverosímiles que no solo brindan supuestos de indicios de responsabilidad penal,[18] sino que, a la vez, ayudan a valorar los enunciados hechos por el funcionario público acusado. Así, si entendemos que las máximas de la experiencia son reglas de la sana crítica (que de acuerdo con el artículo 393 inciso 2 del Código Penal son reglas que la valoración probatoria debe respetar) que se construyen inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas;[19] los casos aquí planteados son importantes en tanto ayudan a manifestar dichas reglas probatorias. En otras palabras, el juez podrá negar la validez de un enunciado o afirmación a partir de las máximas de la experiencia, y la ausencia de contraindicios importantes, que se hacen tangibles a partir de estos casos de la jurisprudencia nacional.

A continuación, analizaremos los casos reales de dichos enunciados mendaces o inverosímiles de acuerdo con las máximas de la experiencia.

---

16 Cf. ib., p. 59.

17 Cf. Expediente 0085-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011.

18 Cf. García Cavero, Percy. Ob. cit., p. 65.

19 Cf. Talavera Elguera, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 112.

### *a) Recurso de Nulidad 710-2011-Lima[20] (Caso del dinero en el clóset y de las hijas adineradas)*

> Hechos: El procesado es un funcionario público al que su empleada del hogar le sustrae ochenta mil dólares americanos de un maletín en el closet de su casa, en el cual, según manifestaciones de la propia trabajadora doméstica, habrían [sic] varios paquetes de diez mil dólares cada uno. A partir de la denuncia por hurto, se inicia una investigación por enriquecimiento ilícito en contra del funcionario público, constatando que ese dinero no había sido materia de la declaración jurada de bienes, ingreso y rentas. El funcionario argumenta señalando que dicho dinero es producto del arrendamiento de inmuebles, actos jurídicos que no encuentran respaldo que los avale. Más aún, se descubre que las hijas del funcionario público presentan varios viajes al extranjero, carros y una suma de cuarenta y tres mil dólares americanos en el sistema financiero. El funcionario señala que el dinero en el sistema financiero fue entregado por su ex esposa a sus hijas, mientras que ellas alegan que los viajes y los carros son producto de sus trabajos en dos personas jurídicas. A su vez, la ex esposa dice que el dinero es producto del comercio de unas piezas de arte en sus frecuentes viajes al extranjero efectuadas con su actual conviviente. Sin embargo, ella también dice que la manutención de sus hijas es cubierta por su ex esposo. Así mismo, los dos supuestos empleadores de las hijas niegan el vínculo laboral y el Ministerio del Interior señala que tanto la ex esposa como su conviviente presentan dos y cuatro salidas al extranjero respectivamente. El Instituto Nacional de Cultura informa que ni la ex esposa ni el conviviente se encuentran registrados como propietarios de obras de arte.

A efectos metodológicos, conviene separar los hechos y argumentos en dos: *a*) el hecho del dinero en el closet y el argumento de los contratos de arrendamiento; y *b*) la fundamentación de los bienes y viajes de las hijas del funcionario público.

Sobre lo primero, queda claro que estamos pues ante un indicio de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, ya que de acuerdo con las máximas de la expe-

---

20 Cf. Recurso de Nulidad 710-2011-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011.

riencia no es verosímil que un funcionario público, en el contexto económico y político actual, guarde una suma tan grande de dinero, supuestamente lícito, dentro de un clóset de su casa. Más aún, y como bien lo evidencia el presente caso, es un hecho altamente riesgoso y representa una pérdida de los beneficios económicos propios del sistema bancario y probablemente fiscal. Además, aquí se debe tener en cuenta que no estamos frente a cualquier persona, sino frente a un ciudadano que asume libre y voluntariamente desempeñarse como funcionario público (magistrado judicial), y que asume a la vez un conjunto de derechos y deberes[21] previamente delineados que le exigen probidad y transparencia en los bienes, ingresos y rentas que tiene.

¿Es coherente en nuestro contexto económico que un funcionario con tales obligaciones de transparencia tenga altas sumas de dinero, no declaradas, en su clóset? Según como lo vemos, no; por tanto, este hecho será un indicio de que el dinero encontrado proviene de fuentes ilícitas. Así, la Corte Superior de Lima, en un caso muy semejante, ha señalado lo siguiente: «Yo al año (90) noventa yo tenía más o menos (US$ 560.000) quinientos sesentitantos mil». En tal sentido, se le preguntó sobre los detalles de dónde guardaba semejante suma de dinero; tras responder que no la guardaba en ningún banco, se le repreguntó si entonces la guardaba en su caja, a lo cual respondió: «Así es»; añadió que la caja donde tenía el dinero «era una caja normal [...] que la tenía en el clóset [...] *Esta versión sobre dicha acumulación de dinero lícito en dólares, ya de por sí inverosímil por la magnitud y volumen que supone mantener guardada e inactiva en un solo lugar tal cantidad de dinero*».[22]

Ahora bien, decir que dicha suma de dinero proviene del arrendamiento de propiedades, sin sustento jurídico, también resulta irrazonable, toda vez que no es coherente pensar que un funcionario público (quien ha asumido un conjunto de deberes propios de su posición frente a la administración pública, entre los que destacan los de transparencia y probidad en la gestión de su patrimonio) participe en negocios jurídicos que; por un lado, no están declarados, y que; por otro lado, no tengan sustento jurídico que los respalde.

---

21 Cf. Meini, Iván. *Delitos contra la administración pública*. Ciudad de Guatemala: USAID, 2008, p. 145.

22 Expediente 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011. Las cursivas son nuestras.

Por otro lado, en lo que respecta a la fundamentación de los bienes y viajes de las hijas del funcionario público, resulta obvio que estamos ante enunciados inverosímiles y mendaces. En este sentido, es falso que las hijas del funcionario público hayan tenido trabajo. A su vez, es inverosímil que una persona se dedique al comercio de arte en el exterior y que tenga solo dos salidas del país, y que no tenga obras de arte registradas (¡de cuarenta y tres mil dólares!), y que, a pesar de todo ello, reciba una importante suma de dinero por ese oficio. Ello nos lleva a afirmar que es escasamente posible que ese dinero lo haya entregado la madre, más aún si se tiene en cuenta que ella misma declaró que el encargado de la manutención de las hijas era el funcionario público. ¿Qué nos dicen entonces las máximas de la experiencia? Que, tal como lo reconoce la Corte Suprema, tanto el dinero de la cuenta bancaria como de los bienes inmuebles y muebles en nombre de las hijas del funcionario público deben imputarse al patrimonio de este último y, al no haber sido declarados, considerarse ilícitos.

Más aún, se debe partir de que una valoración de la prueba testimonial tiene que tomar en cuenta los requisitos necesarios para que puedan lograr la credibilidad del juzgador, esto es, el ser imparcial y completo. Ello se expresa en la obligación de tener siempre presente, al momento de valorar una prueba testimonial, los vínculos y las relaciones que el testigo tenga con el hecho o con las partes.[23] En el presente caso, los testimonios de las hijas y la exesposa cuentan con poca credibilidad, ello debido a que hay un especial interés en el desarrollo y en el resultado de la causa penal[24] (en el presente caso sustentado no solamente en el vínculo con el procesado sino en la posibilidad de incluir a las testigos como coimputadas).

### *b) Recurso de Nulidad 847-2006-Lima[25] (Caso de los préstamos)*

> Hechos: A un funcionario público se le investiga por enriquecimiento ilícito, al momento de justificar su patrimonio señala que recibió un préstamo de ciento cincuenta mil dólares por parte de «A», un préstamo de veinticin-

23 Cf. Florian, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo II. Bogotá: Temis, 1990, pp. 342- 343.

24 Cf. Taruffo, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 63-64.

25 Recurso de Nulidad 847-2006-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 9 de octubre de 2006.

co mil dólares y otro por veinte mil dólares por parte de «B», y otros dos préstamos, uno de veinticinco mil dólares y otro de quince mil dólares, por parte de «C». Sin embargo, «A» no presenta desplazamientos patrimoniales y niega el préstamo, además de no tener la solvencia necesaria para realizar dicho negocio jurídico; los contratos con «B» no tienen fecha valedera, y «C» no presenta desplazamiento de dinero ni tiene capacidad económica para efectuar dichos contratos jurídicos.

Aquí nos encontramos ante hechos falsos e inverosímiles que permiten señalar que el dinero no justificado es ilícito. Debemos recordar, aunque parezca sobreabundante, que estamos ante una persona que por su posición de estatus frente a la correcta administración pública (bien jurídico) tiene deberes resaltados de antemano, semejantes a los de una posición de garante,[26] que lo obligan a una especial diligencia con su patrimonio.[27] Por eso, es contrario a las máximas de la costumbre que un funcionario público firme un contrato sin fecha valedera, si se tiene en cuenta que la fecha es importante para saber si el contrato fue realizado ex profeso para beneficiar al sospechoso del enriquecimiento ilícito. Asimismo, es totalmente mendaz que se hayan realizado dos préstamos con personas que ni siquiera tienen las posibilidades materiales de contar con ese dinero y que, por si fuera poco, no presentan desplazamiento en su patrimonio. Esta falsedad se transforma en un indicio de la ilicitud de la fuente del enriquecimiento.

Además, resulta obvio que dichos elementos se muestran como indicios en tanto que revelan una estrategia amplia por «manipular» su patrimonio por medio de préstamos ficticios que le permiten justificar dinero ilícito. Ello resulta importante, ya que con el solo indicio de que «A» haya negado un préstamo de dinero, por más grande que sea, no es suficiente para evidenciar el delito de enriquecimiento

---

26 Cf. Vásquez Portomeñe Seijas, Fernando. *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 322-331.

27 Esta posición frente al bien jurídico no solo constituye un elemento formal de los delitos contra la administración pública (criterio limitado a la exigencia de un autor determinado) sino que constituye un criterio material transversal a este tipo de delitos, en tanto que es dicha relación la que justifica la propia existencia y naturaleza de todo del tipo penal. Más aún, constituye un indicio en potencia, toda vez que devela una oportunidad de delinquir a partir de las condiciones en las que se encuentra el sospechoso para poder realizar el delito. Cf. García Cavero, Percy. Ob. cit., p. 51.

ilícito.[28] Más aún, el juez podría exigir una pericia grafotécnica que compruebe que el contrato de préstamo alegado por «A» es verdadero (que las firmas en este son reales) para dar por cierta la afirmación del acusado. Por el contrario, si es que no existe ese documento o este es falso, el hecho devendría en contrario a las máximas de la costumbre al no resultar creíble que un funcionario público, con la carga fiscalizadora que tiene sobre sí, reciba grandes cantidades de dinero por medio de un préstamo no legalizado.

### *c) Recurso de Nulidad 598-2008-Lima[29] (Caso de la inversión económica)*

> Hechos: El procesado es un funcionario público procesado por el delito de enriquecimiento ilícito. Al momento de preguntarle por su patrimonio, el sospechoso declara que invirtió ochocientos soles de oro en una financiera, de forma que luego de seis años el monto invertido aumentó a ciento setenta y un mil setecientos trece soles de oro, esto es, trescientos diecisiete mil novecientos ochenta y ocho dólares. Luego, en clara contradicción, el funcionario público señala que el primer depósito fue de ochocientos dólares americanos, generando un incremento con sus intereses de ciento setenta y un mil setecientos trece dólares americanos. Más aún, la financiera informa que el encausado no se encuentra empadronado en la base de datos y archivos.

Nuevamente nos encontramos ante un enunciado inverosímil que deviene en indicio en contra del funcionario público, toda vez que lo dicho por el procesado no encuentra respaldo probatorio alguno. Aquí se debe tener en cuenta que, al contrario de lo que algunos piensan, el principio de carga de la prueba no obliga al juez a tomar siempre como cierto todo lo dicho por el acusado, más aún cuando ello va en contra de las reglas de la sana crítica. De esta forma, alguna evidencia debe aportarse para justificar que se tome en serio lo dicho por el procesado y provocar las actuaciones que sean necesarias para completar la prueba.[30]

---

28 En este sentido, cf. expediente 73-2005-Lima. Ejecutoria Suprema emitida el 5 de octubre de 2005.

29 Recurso de Nulidad 589-2008-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 15 de abril de 2009.

30 Cf. Azabache, César. *Introducción al procedimiento penal*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 202.

Se debe de tener en cuenta que el denominado «principio de carga de la prueba» proviene del principio de presunción de inocencia, característica del Estado constitucional y democrático de derecho. De ello se desprende que «[...] al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación [...]».[31] Así, este principio, en realidad, lleva por nombre principio acusatorio de carga de la prueba, en tanto que el Ministerio Público cuenta con el deber de brindar los elementos que puedan desvirtuar la inocencia del acusado. En el caso del enriquecimiento ilícito, el fiscal cumplirá con su deber cuando sostenga su acusación en pruebas, casi siempre indiciarias (aumento patrimonial injustificado, bienes no declarados o no justificados a pesar de deberes especiales de la función pública, etcétera) que deberán llevar al juez a inferir de forma lógica que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente. Una vez realizada tal imputación, habrá una distribución de la carga de la prueba, de forma tal que el funcionario público, de acuerdo con su derecho a la defensa, podrá refutar la hipótesis fiscal acusatoria por medio de pruebas (tanto directas como indiciarias). Ahora bien, si la acusación está debidamente probada, y no se presentan pruebas de descargo sino únicamente argumentos no razonables, resulta lógico y coherente que el juez encuentre responsable al funcionario público. Suponer lo contrario significaría llegar a absurdos que terminarían por vaciar de contenido a la justicia penal. Por ejemplo, un turista sale del país con una amiga; ya en el aeropuerto, la policía le encuentra más de nueve kilos de cocaína en su maleta. La amiga del turista, quien conocía al primero desde hacía más de cinco años y había compartido habitación por más de una semana en Lima, confiesa que entre los dos pretendían sacar la droga fuera del país para luego poder venderla. Sin embargo, el turista señala que no tiene conocimiento alguno acerca de la droga y que su amiga se la ha puesto en la maleta. ¿El juez debe tener, necesariamente, esta afirmación por cierta? Parece claro que no. Igualmente, al funcionario público que alega haber realizado inversiones no declaradas, pero que no solo se contradice en sus declaraciones sino que no tiene documento ni prueba que lo respalde a pesar de los deberes institucionales de transparencia patrimonial que le son exigibles, deberá tomársele por mendaz; y ello podrá utilizarse como indicio adicional de la comisión del ilícito.

---

31 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2005, p. 611.

### *d) Expediente 85-2008-Lima[32] (Caso de la esposa soltera)*

> Hechos: El procesado es un funcionario público investigado por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito. A partir de ello se constata que la esposa del acusado es titular de las cuentas donde se depositó (en el espacio temporal en el que el encausado era funcionario público y esposo de la referida mujer) la suma de un millón treinta y seis mil ochocientos cincuenta y tres dólares americanos. La defensa alega que el procesado sería el más torpe de los delincuentes si pretende encubrir el dinero en la cuenta de su esposa, quien es la primera persona que el ente fiscalizador investigará. En tal sentido, de acuerdo supuestamente a las máximas de la experiencia, el procesado nunca habría pretendido ocultar dinero lícito. Sin embargo, al momento de fiscalizar las cuentas bancarias, se encuentra que la esposa del funcionario, al momento de abrir la citada cuenta, presentó su documento de identidad con dato de soltera.

En primer lugar, se debe señalar que este no es un caso de la Corte Suprema de la República sino de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima. Pese a ello, hemos decidido colocarlo por lo emblemático del caso, en tanto que los supuestos de encubrimiento por medio de los cónyuges son bastante frecuentes en nuestro universo jurisprudencial. Así, el argumento de la supuesta falta de logicidad del enunciado que afirma que el dinero fue depositado en la cuenta del cónyuge es una maniobra de encubrimiento del enriquecimiento ilícito, y es debatido por dos argumentos contundentes esgrimidos por la Sala Penal Especial: *a*) la declaración jurada de ingresos, bienes y rentas es el instrumento legal de publicidad del *quantum* patrimonial, y el control del monto y manejo de los bienes de los altos funcionarios se efectúa, preponderantemente, por medio de este último; *b*) si bien en un régimen de sociedad de gananciales todas las titularidades pertenecen a ambos cónyuges, es precisamente por medio del uso del documento de identidad de soltera que se pudo encubrir el aumento del patrimonio. En tal sentido, tanto la omisión de declaración jurada (a pesar del deber funcionarial) como el hecho de que la esposa del funcionario público utilice su documento nacional de identidad de soltera, nos permite tomar por inverosímiles los argumentos de defensa, y, por medio de la máximas de las costumbres, decir que estamos frente a otro indicio del

32 Expediente 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima.

enriquecimiento ilícito. Como bien señala el profesor García Cavero, un indicio subsecuente importante es que el sospechoso realice actos de entorpecimiento u obstrucción de la investigación, siendo su forma más clara la eliminación y ocultamiento de pruebas que lo incriminen[33] (como el caso de una cuenta con más de un millón de dólares frente a la comisión del delito de enriquecimiento ilícito).

Como conclusión, hemos podido identificar las siguientes máximas de la costumbre que, como parte de las reglas de la sana crítica, colaboran con la correcta valoración de los argumentos de defensa dentro de un proceso penal por enriquecimiento ilícito. *a) Prácticas informales contrarias a los deberes de la función pública* (Caso del dinero en el clóset), (Caso de la esposa soltera); *b) Declaraciones mendaces y/o contradictorias* (Caso de las hijas adineradas), (Caso de los préstamos), (Caso de la inversión económica); c*) Justificaciones no verosímiles* —en su mayoría por medio de actos jurídicos no formalizados o sin sustento en realidad por falta de solvencia—, los cuales se diferencian de los primeros en que no hay prueba directa de ser mendaces, pero se imputan falsos en tanto inverosímiles —la doctrina los suele homologar como indicios, sin embargo, a efectos meramente metodológicos, hemos decidido separarlos (Caso de las hijas adineradas), (Caso de los préstamos)—. Asimismo, estos hallazgos deberán ser tomados, a la luz de los principios de probidad y transparencia propios del cargo público, como indicios que apunten a la responsabilidad penal del funcionario público en el contexto de un proceso por enriquecimiento ilícito.

## 4. LA PERICIA CONTABLE EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

El artículo 172 del Nuevo Código Procesal Penal señala lo siguiente sobre la pericia:

> Artículo 172.- Procedencia
> 1. La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

33 Cf. García Cavero, Percy. Ob. cit., p. 62.

En esta misma línea, Eugenio Florian define la pericia o peritación como «el medio (de prueba) particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica».[34] En tal sentido, la exigencia de la pericia está de la mano de las características mismas de los elementos del tipo, en tanto que algunos tipos penales requieren para su debida probanza de conocimientos científicos y técnicos.

Como vimos, el elemento más importante y problemático del presente tipo penal es el incremento ilícito del patrimonio. Planteado así el asunto, su probanza exige generalmente una pericia contable que muestre los ingresos y egresos del funcionario público durante su cargo, esto es, los aumentos injustificados del patrimonio. Respecto a la pericia contable, se dice que es la «labor que por mandato judicial realiza el contador público en función de perito dentro de un proceso judicial, con la finalidad de proporcionar al juzgador argumentos o razones para la formaciones de su convencimiento respecto de hechos contables, financiero, y tributarios y afines; como así también en la determinación de sus características, sus causas y cuantía de sus efectos».[35] En esta medida, la pericia contable le brinda al juez una opinión técnica y experta sobre la información contable del patrimonio del sospechoso de enriquecimiento ilícito, así como los movimientos económicos de su entorno familiar, quienes suelen colaborar con el ilícito por medio de la dispersión y disfrute de la tenencia de los bienes muebles e inmuebles vinculados originalmente al funcionario público.

Ahora bien, hemos dicho también que nuestra jurisprudencia ha evidenciado errores al momento de la actividad probatoria. A la luz de lo dicho hasta aquí, analizaremos brevemente dos problemas que guardan relación tanto con un problema de valoración probatoria como de pericia contable, esto a partir de la cita de dos ejecutorias supremas.

---

34 Florian, Eugenio. Ob. cit., p. 351.

35 Ruiz Caro Muñoz, Alberto. *La pericia contable*. Lima: Línea & Trama, 1997, p. 21.

### *a) Recurso de Nulidad 3861-2005-Arequipa*[36]

> Que, en el caso sub examine, se advierte que el *Colegiado Superior no ha efectuado el agotamiento de la actividad probatoria tendiente a acreditar la responsabilidad o irresponsabilidad de los procesados antes referidos; toda vez, que no se ha realizado la pericia contable* con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico [...] (Las cursivas son nuestras)

Los criterios expuestos por la Corte Suprema en esta sentencia merecen desglosarse en supuesto y consecuencia: el supuesto es la no realización de la pericia contable, mientras que la consecuencia es el no agotamiento de la actividad probatoria (y, por lo tanto, la nulidad de la sentencia en primera instancia). ¿Qué se desprende de ello? Que, debido a la complejidad de la actividad probatoria del enriquecimiento ilícito, la pericia contable se vuelve en la mayoría de los casos un deber[37] del juez, de modo que su omisión conlleva a una insuficiente práctica probatoria. No obstante, en aquellos casos donde la comisión del enriquecimiento ilícito sea evidente —y, por ello, el caso sea de poca complejidad probatoria—, la exigencia o deber de solicitar la pericia contable podría no ser necesario. Sin embargo, cabe reconocer que dichos casos poco complejos son difíciles de encontrar en la realidad debido a la propia naturaleza compleja del delito de enriquecimiento ilícito. Ello se manifiesta en el hecho de que la sentencia analizada termina exhortando a los jueces de primera instancia a que ejerzan con mayor celo y celeridad el ejercicio de sus funciones.

Si se comparte lo expresado, se debe tener en cuenta que no estamos frente a una manifestación de la prueba tasada (que nuestro ordenamiento procesal penal niega), sino que es un deber surgido de las reglas de la sana crítica. En tal sentido, como bien señala el magistrado Pablo Talavera, las exigencias de racionalidad, de control y de justificación del razonamiento probatorio del juez, determinan que

---

36 Recurso de Nulidad 3861-2005-Arequipa; Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio de 2006.

37 El procesalista italiano Giovanni Leone señala sobre dicho deber: «el juez solo puede prescindir del perito cuando se trata de conocimiento de determinadas ciencias o artes que entren en el patrimonio cultural común [...] fuera de este caso, siempre que se compruebe la necesidad de indagación, el nombramiento del perito constituye un deber del juez [...]». Leone, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Citado por Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Buenos Aires: V. P. de Zavalía, 1980, p. 294.

deba recurrir a la ciencia, o sea a conocimientos que se forman por fuera del derecho.[38] De igual modo, nuestro Código Procesal Penal señala lo siguiente:

> Artículo 158.- Valoración
> 1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados [...]

Acaso es posible exigirle al juez conclusiones racionales, de acuerdo con el sistema de libre convicción o sana critica adoptado, a partir de conocimientos extrajurídicos que él desconoce. Pareciera que no; que, tal como lo dice la sentencia en comentario, el agotamiento de la labor probatoria en un caso de enriquecimiento ilícito exige que el juez cumpla con el deber o exigencia de ordenar la pericia contable.

### *b) Recurso de Nulidad 710-2011-Lima*[39]

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

---

38 Cf. Talavera, Pablo. Ob. cit., p. 114. En sentido similar, el maestro Devis Echandía, conocido defensor del sistema de la libre apreciación de la prueba, señala sobre la pericia: «[...] si los hechos por verificar o apreciar exigen conocimiento técnicos, artísticos o científicos, que exceden de los que ordinariamente poseen los jueces y magistrados, *deben* decretar la peritación [...]». Devis Echandía, Hernando. Ob. cit., p. 297. Las cursivas son nuestras.

39 Recurso de Nulidad 710-2011-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011.

Como vimos, el sistema de libre convicción o sana crítica exige que el juez haga una valoración racional y crítica de los medios de prueba. Con respecto a la pericia contable, la misión del juez consiste en examinar el informe y comprobarlo en su forma y tenor con los motivos en que se funda, con las circunstancias y las pruebas de otra naturaleza ya existentes.[40] En otras palabras, la lectura que tenga el juez de la pericia debe ser siempre crítica, de forma tal que se puedan identificar no solo los aciertos de esta, sino también las posibles incoherencias en las que puede incurrir el perito. En esta medida, es el juez quien debe ser un perito de los peritos y, en el mismo sentido, tener la función de comprobar la plausibilidad y fiabilidad del dictamen pericial, a la vez de valorar y controlar las conclusiones de la opinión pericial.[41] Una asunción sin más de las conclusiones del informe pericial sería contradictoria con el derecho a una valoración racional de las prueba y, en particular, con los requisitos de la sentencia.[42] Formulado en otras palabras, el informe pericial, como cualquier otro medio de prueba, exige que el juez valore su contenido y, a partir de este proceso, pueda obtener la prueba que fundamente la sentencia.

Pero ¿cómo se debe valorar la pericia contable? La doctrina ha identificado una serie de requisitos que el dictamen debe reunir para que tenga eficacia.[43] Sin embargo, la sentencia en comentario ha puesto énfasis en los siguientes dos requisitos: *a*) Que las conclusiones sean convincentes y no aparezcan improbables, absurdas o imposibles; *b*) Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto. Sobre el primero, importa en tanto se le exige al juez evaluar los hechos afirmados en las conclusiones a partir de las reglas de la experiencia y la crítica lógica, de forma que si ellos devienen en improbables o absurdos no podrán tomarse como ciertos.[44] El presente caso es un ejemplo de ello:

---

40 Cf. Mittemaier, Carlo Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Citado por Varela, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 195.

41 Cf. Taruffo, Michele. Ob. cit., p. 96.

42 Cf. Código Procesal Penal. Artículo 394.- Requisitos de la sentencia [...] 4. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probada o improbadas, y la *valoración de la prueba que la sustente, con indicación del razonamiento que la justifique.* (Las cursivas son nuestras).

43 El maestro Devis Echandia identifica hasta dieciséis requisitos o criterios que deben tomarse en cuenta. Cf. Devis Echandía, Hernando. Ob. cit., pp. 332-347.

44 Cf. ib., p. 337.

estamos frente a una pericia que no tomó en cuenta el dinero que las hijas del procesado tenían a pesar de no haber justificación o documento que acredite su origen, además de otras grandes cantidades de dinero provenientes de un supuesto alquiler que tampoco estaba acreditado. En esta medida, si estamos frente a una pericia contable que no toma en cuenta bienes que han sido distribuidos o dispersos entre el núcleo familiar, sus conclusiones terminarán siendo poco fiables, de forma que el juez deberá desvincularse de estas.

Por otro lado, en cuanto a la no existencia de otras pruebas que desvirtúen el dictamen, en el caso materia de análisis, se dio por medio de pruebas indiciarias provenientes de la mala justificación. Sin embargo, este requisito ha merecido mayor consideración en casos en los que nos encontramos frente a pericias contables contradictorias (Pericia Contable 1 vs. Pericia Contable 2) o resultados diferentes en comparación con informes financieros (Pericia Contable vs. Informe Financiero). En el primer caso, el juez deberá promover, de acuerdo con el artículo 181, inciso 2 del Código Procesal Penal, un debate pericial. Si, producto de dicho debate pericial, se produce una rectificación o retractación de uno de los peritos, estaríamos ante la pérdida de eficacia de una de las pericias contables. Si ello no pasa, al igual que en el caso de Pericia Contable vs. Informe Financiero, al juez le corresponde apreciar los elementos de prueba contradictorios, de acuerdo con sus condiciones intrínsecas, la pericia o habilidad de sus autores y el examen de sus conclusiones y motivaciones,[45] de forma que si uno de ellos está motivado sobre la base de uno de los supuestos inverosímiles antes relatados devendrá también en ineficaz.

## 5. CONCLUSIONES

- Existe una tendencia en la labor fiscal a acusar a una persona por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y, a su vez, por la comisión de otro delito previo que es el que, en los hechos concretos, causa el incremento patrimonial ilícito del acusado, olvidando la naturaleza residual del delito de enriquecimiento ilícito.

45 Cf. ib., p. 339.

- Los principios y garantías cuyo sustento es el constitucional, como lo es el *ne bis in idem*, deben regir desde el inicio de las investigaciones penales con vistas a abrir un proceso penal.

- Si la labor del Ministerio Público es defender a la sociedad y ello implica actuar con justicia, la actuación de un fiscal no puede consistir en acusar a un sujeto por la mayor cantidad de delitos que pueda, sino formular sus imputaciones y acusaciones sobre la base de una adecuada fundamentación fáctica y jurídica, y que se corresponda con los principios y garantías que tienen asidero constitucional.

- Otra tendencia es la seguida por los tribunales penales nacionales que al fallar en sus sentencias absuelven a los acusados por el delito de enriquecimiento ilícito, pero no fundamentan explícitamente las razones por las que si los condenaran también por el delito previo (peculado, cohecho, etcétera) basándose en los mismos hechos y fundamento, se estaría quebrantando el principio de *ne bis in idem* y la prohibición de exceso en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

- Una valoración razonable y correcta de la prueba en los procesos de enriquecimiento ilícito exige al juez recurrir a la prueba indiciaria y a las reglas de la sana crítica.

- Es una máxima de la experiencia que el funcionario que cometió el delito de enriquecimiento ilícito suela desplegar prácticas informales respecto al dinero almacenado (Caso del dinero en el clóset), (Caso de la esposa soltera) —indicios, antecedentes y concomitantes—.

- Es una máxima de la experiencia que el funcionario que cometió el delito de enriquecimiento ilícito presente, una vez en el proceso, declaraciones mendaces que busquen encubrir su dinero o el de sus familiares (Caso de las hijas adineradas), (Caso de los préstamos) , (Caso de la inversión económica) —indicios subsiguientes—.

- Es una máxima de la experiencia que el funcionario que cometió el delito de enriquecimiento ilícito presente, una vez en el proceso, declaraciones irrazonables o inverosímiles que buscan encubrir su dinero o el de sus familiares (Caso de las hijas adineradas), (Caso de los préstamos) —indicios subsiguientes—.

- Dentro del contexto del proceso penal por el delito de enriquecimiento ilícito, es deber del juez ordenar la realización de la pericia contable ahí donde sea necesario contar con conocimientos técnicos y científicos, ello debido a la complejidad natural de esta figura típica.

- Si bien la pericia contable es un medio de prueba valioso, ello no supone el sometimiento del juez a sus conclusiones. Por el contrario, el juez debe tomar en cuenta criterios como la probabilidad y credibilidad de sus conclusiones en relación con las premisas, así como la existencia de medios de prueba contradictorios.

# El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad

**Erick Guimaray Mori**

## 1. INTRODUCCIÓN

Sancionar conductas como el tráfico de influencias responde al compromiso institucional del Estado peruano en materia de lucha anticorrupción, compromiso que se desprende de la propia naturaleza de sus fines y objetivos sociales, así como de la obligación internacional en dicha materia.

En efecto, y como todo en derecho penal, habrá que partir del mandato constitucional para dar sentido y contenido a la norma penal, que en este caso es la del artículo 400 del Código Penal (en adelante, CP). Nuestra Constitución menciona que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y su dignidad (artículo 1 Const.) y en aras de tal consiga es que se garantizan una serie de derechos y se procuran las condiciones mínimas que permitan la participación del individuo en sociedad y el libre desarrollo de su personalidad (artículos 2 y 3 Const.).

Justamente, una de las condiciones mínimas que el ciudadano puede exigir del Estado para su desarrollo y participación en sociedad es el ejercicio de una *correcta administración pública*,[1] esto es, el uso efectivo de los recursos públicos[2] de forma prestacional, objetiva e imparcial. Exigencia que también se desprende de la pro-

1 El Tribunal Constitucional también reconoce este bien jurídico, cf. Sentencia, expediente 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012, fundamento 14 y ss.

2 El término «recurso público» no es sinónimo de «propiedad pública». El patrimonio del Estado no es objeto de protección en los delitos contra la administración pública.

pia Constitución en el artículo 39, cuando se estipula que los servidores o funcionarios públicos están al servicio de la nación. Pues, en buena cuenta, *función pública* y *funcionario público* son conceptos inseparables; solo es funcionario público quien ejerce función pública y la función pública solo se materializa en los derechos y deberes que se descargan en personas que deciden voluntariamente ubicarse entre los recursos públicos y los destinatarios de aquellos, es decir, en los servidores públicos.

Se menciona que la *correcta administración pública* es una condición mínima de aseguramiento de participación y desarrollo social del individuo en sociedad, pues la dación de servicios públicos incide directamente en el ejercicio de los principales derechos fundamentales del ciudadano[3] como, por ejemplo, la salud pública, la seguridad pública, la educación pública, entre otras; sin las cuales el objetivo de defensa de la persona y su dignidad no podría verse cumplido.

Entonces, desde el plano constitucional,[4] la lucha frontal contra actos de corrupción, por el grave desvalor que conductas de este tipo significan,[5] supone un deber insoslayable entre las funciones de un Estado constitucional de derecho. Dicho de otra forma, es lógico considerar un *principio constitucional de proscripción de la corrupción*.[6]

Por otro lado, la obligación internacional que vincula al Estado respecto de la adopción de políticas preventivas, control y sanción de actos de corrupción viene determinada, principalmente,[7] por la Convención de Naciones Unidas contra la

---

3 Cf. Asua Batarrita. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria». En *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 19.

4 «Que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución». Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 006-2006-PCC/TC, del 23 de abril de 2007, fundamento 11.

5 Cf. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, expediente 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento 59.

6 Cf. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, expediente (acumulado) 0009-2007-PI/TC - 0010-2007-PI/TC, del 29 de agosto de 2007, fundamento 47.

7 Pues existen, además, instrumentos internacionales como por ejemplo el «Código internacional de conducta para titulares de cargos públicos» (ONU, Res 51/59, 1997).

Corrupción y por la Convención Interamericana contra la Corrupción, en vigor para el Perú desde el 2003 y 1997, respectivamente. Son instrumentos internacionales que ratifican el compromiso y lo consecuente de un Estado constitucional de derecho respecto de la lucha contra conductas de corrupción.

## 2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El precepto penal del artículo 400 CP menciona lo siguiente:

> El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.
>
> Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.[8]

Además de advertir el afán extremadamente descriptivo que el legislador plasmó en este tipo penal, es preciso anotar algunas precisiones que se desprenden de su literalidad: *a*) para el tipo penal, es tan autor quien a iniciativa propia invoca sus influencias y recibe dinero por ello como quien es consultado sobre sus influencias y luego recibe dinero por aceptar utilizarlas; *b*) el autor del delito podrá ser un funcionario o servidor público, pero también cualquier particular que no cuente con tal calificación; *c*) la intercesión que el traficante promete, en virtud de sus influencias, puede versar sobre un objeto lícito o pretensión justa como sobre una palmaria pretensión ilegal del interesado; *d*) en la redacción del artículo 400 CP, el elemento normativo «funcionario público» no fundamenta el tipo, sino que lo

8 Artículo modificado por el artículo único de la Ley 29758, publicada el 21 de julio de 2011.

agrava; y *e*) nada se dice de la punición del interesado, lo cual no quiere decir que no esté prevista realmente.

En este trabajo se parte de que el derecho penal protege bienes jurídicos, esto es, las condiciones mínimas e indispensables para asegurar: *a*) el proceso de libre determinación de las personas en sociedad; y *b*) el sistema jurídico en general.[9] De aquí que se considere la *correcta administración pública* un interés imprescindible para la sociedad que justifica su protección desde el ordenamiento penal. Sin embargo, este bien jurídico general, y por serlo, está presente en todos los delitos que el Título XVIII del CP sanciona; su definición inspira la tipificación de delitos tales como el cohecho, la colusión o la negociación incompatible, pero no es precisamente el objeto de protección en los delitos enumerados. Y esto es así porque el bien jurídico *correcta administración pública* se materializa en cada norma penal, lo cual indica que cada tipo penal hace referencia a tantos comportamientos típicos, imaginados por el legislador, de lesión o puesta en peligro contra el bien jurídico general *correcta administración pública*. Esto a su vez significa que cada precepto específico tiene un particular objeto de protección.

El delito de tráfico de influencias no sanciona el solo hecho de poseer influencias, pues el propio desarrollo personal y profesional (positivo o negativo) permite la construcción de cierto prestigio y, por ende, respeto respecto de las personas con las que se interactúa (y con las que no), y ello nos puede reportar un grado de influencia sobre los demás, algo que de ninguna forma podrá considerarse un riesgo prohibido en sociedad o, lo que es lo mismo, un ejercicio no autorizado o intolerable de la libertad. Lo que el tipo penal del artículo 400 sanciona es invocar las influencias (existentes o no) a efectos de tergiversar el correcto funcionamiento de la administración pública. Entonces, como punto de partida, habrá que concluir que el contenido de la norma penal del artículo 400 prohíbe influir en las decisiones del funcionario judicial o administrativo para hacerle declinar de sus

9 Sobre una definición muy próxima a la mencionada, cf. Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general.* Tomo I: «Fundamentos. La estructura de la teoría del delito». 2.a ed. alemana. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56. En el mismo sentido de lo planteado, cf. Terradillos, Juan. *Sistema penal y Estado de derecho. Ensayos de derecho penal*. Lima: ARA editores, 2010, p. 125. Luzón Peña. *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, 1996, p. 82. Para una explicación bastante didáctica de la evolución del concepto de bien jurídico, cf. Hormazábal. *Bien jurídico y Estado social de derecho*. Lima: IDEMSA, 2005, p. 123 y ss.

deberes de imparcialidad y objetividad y con ello postergar el fin prestacional de la administración pública para dar paso a intereses personales o particulares.[10] Sin embargo, el tipo penal no requiere que las influencias se efectiven en el funcionario respectivo, es más, ni siquiera se requiere que exista un verdadero vínculo entre el traficante y el servidor público;[11] por tanto, el objeto de protección del delito de tráfico de influencias tendrá que ubicarse en un momento anterior.

En un supuesto ideal, se podría esperar que todos los ciudadanos posean una expectativa de probidad respecto de los funcionarios públicos en casos en los que hayan tenido competencia, la tengan o la vayan a tener. Sin embargo, no podemos presumir dicha expectativa, pues es igual de válido que los ciudadanos no confíen en los funcionarios públicos y con ello tampoco en la propia administración pública (existe el derecho de libertad de conciencia). El objeto de protección de un tipo penal no puede desprenderse de los sentimientos o confianza de los ciudadanos y, en el caso concreto, tampoco es posible imponerles una expectativa de probidad.

Lo que sí es protegible es el modelo de organización social que un Estado constitucional de derecho manifiesta en su administración pública. Dicho de otra forma, al Estado le interesa, o lo considera un valor ético social protegible, evitar o prevenir conductas que definan la administración pública como una institución endeble o influenciable, a tal punto que los intereses particulares puedan sobreponerse al interés público, prestacional, objetivo e imparcial que define una *correcta administración pública.*

Entonces, el bien jurídico específico en el delito de tráfico de influencias es «la institucionalidad de la administración pública». El vocablo «institución» tiene diferentes acepciones en el *Diccionario* de la Real Academia Española, pero la que aquí interesa es la siguiente: «órganos constitucionales del poder soberano de la nación».[12] Y es que, en buena cuenta, el concepto de *institucionalidad* nos remite a una

---

10 Cf. Aboso, Gustavo Eduardo. «Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración». En Nelson Salazar (coord.). *Delitos contra la administración pública*. Lima: IDEMSA, 2010, p. 379.

11 Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad 2412-2004, del 27 de enero de 2007, fundamento 5.

12 Real Academia Española. *Diccionario de lengua española*, acepción n.º 7. Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/?type=3&val=a&val_aux=&origen=REDRAE>. Consulta hecha el 7 de octubre de 2012, a las 10 horas y 40 minutos.

serie de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la administración pública, valores que deben protegerse incluso de conductas que sin necesidad de trasgresión efectiva coadyuvan en el sistema nefasto de corrupción, y muestran el aparato de administración de justicia como un ente endeble e influenciable por intereses particulares ilegítimos que escapan a la regular tutela que la función judicial o administrativa procura a los ciudadanos.

Es necesario resaltar lo incorrecto de asimilar los conceptos de *bien jurídico* y *conductas de lesión o puesta en peligro*. Dicho de otro modo, no es que el delito de tráfico de influencias sancione o prohíba todo comportamiento que atente contra la «institucionalidad de la administración pública»; por ejemplo, no habrá tráfico de influencias si el órgano público contrata personal no calificado. La construcción teleológica que permite la construcción del bien jurídico solo se circunscribe a una específica forma de realización de comportamientos típicos, de ahí que cada tipo penal hace efectivo el bien jurídico global denominado «correcta administración pública».

Este planteamiento no debe confundirse con una pretendida protección de la «imagen institucional» de un órgano público judicial o administrativo pues, como ya se dijo, no es posible proteger los sentimientos u opiniones de los ciudadanos que de por sí son distintos, además de etéreos. De lo contrario, también debería sancionarse penalmente el hecho de que el equipo de futbol de la institución «A» quede en último lugar en el campeonato organizado entre organismos públicos; pues ello, en estricto, también dañaría la imagen de la institución «A».

El bien jurídico protegido en determinada norma penal no puede variar dependiendo de las conductas que el tipo penal prevea y sancione. Entonces no es que se proteja un bien jurídico en el supuesto de «tráfico de influencias reales» y otro en el supuesto de «tráfico de influencias simuladas» (no desde las bases que aquí se postularon). Tampoco tiene coherencia que se construya un objeto de protección para el primer caso y se postule la impunidad para el segundo supuesto.[13] La construcción del bien jurídico debe alcanzar al comportamiento típico prohibido por la

13 Cf. San Martín Castro, Cesar; José Reaño y Dino Caro. «El delito de tráfico de influencias: aspectos sustantivos». En *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 38 y ss.

norma penal, sin excepciones. En el mismo sentido, no se trata de definir el bien jurídico como «pluriofensivo», no solo por lo gaseoso del término; sino también porque, bien visto, toda tipificación es pluriofensiva, desde que es fruto de una valoración jurídica social, pero solo un tipo de ofensividad es tan grave que requiere determinada prohibición penal.

Cabe mencionar, asimismo, que en el delito de tráfico de influencias se sanciona un comportamiento de peligro abstracto y con ello se trata de un adelantamiento de las barreras de punibilidad o criminalidad para cuestionar la constitucionalidad del tipo penal.[14] Desde mi punto de vista, ello no parece ser acertado si es que se construye el objeto de protección de las propias exigencias del modelo de organización social expresado en la Constitución, tal como se expone en las primeras líneas del presente ensayo.

Tampoco resulta coherente criticar la tipificación del delito de tráfico de influencias (y con ello la definición del bien jurídico protegido) argumentando que se trata de una tipificación de actos preparatorios de otros delitos, tales como el cohecho o la colusión. Pues si el propio cohecho o la colusión no sancionan sus actos preparatorios, no veo cómo otro tipo penal vaya a encargarse de ello; lo contrario sería tanto como aceptar que el tráfico de influencias y la colusión protegen el mismo objeto en distintas fases de *iter criminis* (lo mismo podrá decirse para el caso del cohecho), algo que no es correcto, por lo menos si, como aquí se hace, se parte de que el bien jurídico global *correcta administración pública* se materializa en cada precepto penal del Título XVIII del CP con objetos de protección distintos.

Por otro lado, si se considera correcta la crítica a la tipificación de actos preparatorios, lo mismo habría que decir respecto de la tipificación de actos posconsumativos; pues, según la redacción del artículo 400 CP, se sanciona a quien invoque influencias respecto de funcionarios públicos que hayan visto casos de su competencia. Ni en uno ni en otro caso es admisible la crítica sobre la punición si se acepta el mandato constitucional de lucha contra la corrupción que el Estado ha de implementar, también, desde su ordenamiento punitivo.

14 Cf. ib., p. 40.

La conducta de tráfico de influencias no pone en peligro abstracto la objetividad o, en términos generales, los deberes que inspiran una *correcta administración pública*, pues se sanciona incluso el supuesto de influencias simuladas o irreales. La norma penal del artículo 400 CP sanciona la lesión efectiva de la «institucionalidad de la administración pública», definida como el interés estatal en prevenir conductas que muestren a la administración pública como un ente endeble e influenciable, y se trata de un interés acorde con el modelo de organización social propio de un Estado constitucional de derecho, pues el compromiso estatal de lucha contra la corrupción debe abarcar todos los flancos posibles que coadyuven a fortalecer el sistema de corrupción, justamente por la idoneidad altamente lesiva que los actos de corrupción significan para el desarrollo del individuo en sociedad y para el mantenimiento del sistema jurídico: «[...] la regulación de los atentados contra la Administración Pública abarca un número fragmentario de acciones u omisiones cometidas por funcionarios o particulares que son aptas para lesionar tanto el regular desarrollo de dicha administración como otros aspectos esenciales de dicho ejercicio de la función y autoridad públicas».[15]

Dicho de otra forma, no es que sancione el tráfico de influencias por las probabilidades de peligro que puedan suscitarse,[16] la sanción viene determinada (como todos los casos de prohibición penal de conductas) por tratase de una modalidad de comportamiento típico contra el bien jurídico *correcta administración pública.*

## 3. SOBRE EL COMPORTAMIENTO TÍPICO. ¿SISTEMA DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL?

Una vez definido el objeto de protección de un tipo penal es posible identificar el tipo de conductas que la norma penal sanciona por suponer cursos causales idó-

15 Aboso, Gustavo Eduardo. Ob. cit., p. 381.

16 Definición del delito de peligro abstracto. Cf. Barbero Santos, Marino. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», p. 489. Disponible en: <www.indret.com>. Consulta hecha el 22 de septiembre de 2012.

neos de lesión o puesta en peligro[17] contra el bien jurídico. En términos generales, un comportamiento típico es una conducta desvalorada (merecedora de pena) por extralimitar la libertad jurídicamente garantizada, en la cual los conocimientos que sustentan la prohibición penal le son exigibles al agente. Así, el concepto de comportamiento típico tendrá dos elementos: el objetivo y el subjetivo. El primero está relacionado con la determinación del riesgo, el cual solo puede configurarse de forma *ex ante*.[18] El segundo elemento tiene que ver con la exigencia de conocimiento que recae sobre el creador del comportamiento típico. Una conducta se lleva a cabo de forma *dolosa* porque en los hechos el agente conoce la concreta capacidad de lesión o puesta en peligro contra bienes jurídicos que su conducta supone y aun así se decide por realizarla. Dicho de otra forma, el actuar *doloso* significa la actualización de los conocimientos que el ordenamiento jurídico-penal exige en los ciudadanos para evitar la creación de riesgos prohibidos. Por lógica, en el actuar imprudente o *culposo*, el agente no capta la capacidad lesiva de la conducta realizada, a pesar de que así lo exigía el ordenamiento jurídico.

El tipo penal del artículo 400 CP sanciona el invocar (directa o indirectamente) influencias, reales o no, conducentes a incidir en las decisiones de funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones administrativas o judiciales, para lo cual recibe o exige (directamente o no) algún tipo de ventaja o beneficio. Como se mencionó *supra*, la intercesión que ofrece el traficante puede versar sobre pretensiones absolutamente justas o sobre gestiones manifiestamente ilegales, pues no se sanciona la efectiva influencia; de ahí que pueda hablarse de un «tráfico de influencias propio» (cuando el traficante se compromete a influir sobre una pretensión ilegal) y de un «tráfico de influencias impropio» (cuando el traficante se compromete a influir en un funcionario sin hacerlo declinar de sus deberes).

Sin embargo, no toda invocación de influencias es punible (como tampoco no toda solicitud de influencia), pues habrá que analizar la idoneidad en el caso concreto de la conducta del traficante (o del que intenta serlo infructuosamente), que de por sí no siempre revestirá el riesgo suficiente como para justificar la interven-

17 Cf. Frisch, Wolfgang y Ricardo Robles Planas. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal.* Barcelona: Atelier, 2004, p. 43.

18 La determinación del riesgo prohibido de forma *ex ante* es la única fórmula de prohibición que se condice con los fines preventivos de un derecho penal inserto dentro de un modelo de organización constitucional de derecho.

ción del derecho penal. Por ejemplo, no es lo mismo recibir el ofrecimiento de influencias de un secretario judicial que recibirlas del dueño del café donde el juez desayuna todos los días. Con lo cual, la determinación del peligro se realiza a partir del caso concreto. Otro ejemplo respecto de la idoneidad lesiva del comportamiento de influencias es la existencia de una ley de lobbies,[19] donde ejercer influencias está permitido, siempre que dicha conducta esté reglada bajo una serie de requisitos que resguardan los valores y principios de una *correcta administración pública.*

Si el precepto penal sanciona al agente que invoca o tiene influencias y las pone a disposición de algún interesado y recibe algún tipo de ventaja, en clave de contraprestación, cabe la siguiente pregunta: ¿qué pasaría en el supuesto donde el sujeto ofrece sus influencias, pero sin recibir ventaja alguna o beneficio por ello? Como primera impresión de acuerdo con la literalidad del tipo penal y en absoluta concordancia con la doctrina mayoritaria (que menciona que estamos ante un delito de encuentro[20]), habría que concluir que el supuesto de la pregunta planteada sería atípico o, lo que es lo mismo, no significa la creación de un riesgo intolerable en sociedad. En términos más claros: «La conclusión gratuita del acuerdo no es punible en nuestro ordenamiento jurídico».[21]

Se puede incluir una variante al ejemplo y mencionar que el traficante ha solicitado algún tipo de ventaja, y que el supuesto interesado no accedió a la propuesta. La solución tendrá que ser la misma que la anterior, el supuesto de hecho habrá de quedar impune.

Antes de pronunciarse acerca de la estructura típica del delito habrá que recordar qué es lo que protege el artículo 400 CP. Hasta donde se pudo exponer, se trata de custodiar la «institucionalidad de la administración pública» y cabe la siguiente pregunta: ¿se evita el mensaje de una administración endeble e influenciable cuando el supuesto interesado no acepta otorgar ventaja alguna a favor del traficante? Es decir, ¿qué es lo que se prohíbe?, ¿que se ofrezca influir, que se acepte tal ofrecimiento o ambos? En mi opinión, se prohíbe ofrecer las influencias, si el

19 Ley 28024, «Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública».

20 Cf. Reaño, José. «¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias». *Ius et Veritas*, n.o 28, año XIV, 2004, p. 100.

21 Ib., p. 110. Asimismo, cf. San Martín Castro, Cesar; José Reaño y Dino Caro. Ob. cit., p. 61.

interesado las acepta estará realizando un comportamiento típico contra el bien jurídico del tipo penal del artículo 400 CP. Sin embargo, no es necesaria la «participación» del interesado para la configuración de la conducta típica de quien ofrece las influencias.[22]

Si solo basta invocar influencias haciendo referencia a la posibilidad de interceder ante un funcionario administrativo o judicial, habrá tentativa hasta que el mensaje u ofrecimiento acerca de las influencias y la capacidad de intercesión no se haya concretado completamente. Es decir, estamos ante un supuesto consumado cuando el traficante ha ofrecido sus influencias, no así cuando se materializa o concluye en el acuerdo de intercesión[23] (pues no se trata de un supuesto de participación necesaria).

Respecto del supuesto interesado, su comportamiento típico estará absolutamente configurado cuando acepte la oferta del traficante y entregue o se comprometa a la entrega de alguna ventaja a favor de quien pone a su disposición sus supuestas influencias. Por lógica, habrá tentativa cuando el agente procure los medios, por ejemplo, para pagar el precio por las influencias ofertadas, sin que aún lo haya conseguido. Del mismo modo, si es el interesado quien solicita las influencias habrá consumado su conducta. En caso de que el sujeto que porta las influencias no aceptara la solicitud de intercesión, este no habrá realizado comportamiento típico alguno.

Por tanto, caben dos formas de comportamiento típico del interesado. La primera consiste en comprometerse a una «contraprestación» por la intercesión ofrecida del traficante; la segunda, en solicitar las influencias. Nótese que ambas conductas pueden llevarse a cabo directa o indirectamente.

El fundamento del injusto independiente en el interesado es el mismo que se desprende del fundamento de sanción en la conducta de quien ofrece sus influencias (autor —para la posición mayoritaria—). Esto es, si lo que se intenta proteger es la «institucionalidad de la administración pública», habrá que preguntarse si el interés del Estado por evitar que se muestre a la administración pública como

22 Es de opinión contraria José Reaño. Cf. Reaño, José. Ob. cit., p. 111.

23 Es de esta opinión José Reaño. Cf. Reaño, José. Ob. cit., p. 111.

endeble o influenciable se constata o no cuando existen personas que solicitan influencias para solucionar sus controversias administrativas o judiciales. Parece que la respuesta debe ser afirmativa.

Con todo, el delito de tráfico de influencias no se dirige únicamente al que las ofrece, sino también al que las solicita. Los comportamientos típicos son autónomos y esto en virtud de la aplicación irrestricta del principio de responsabilidad por el propio hecho, imprescindible en un derecho penal moderno donde el principio de legalidad cimenta su importancia no en la literalidad del precepto, sino en la exigencia de un uso racional y coherente del ordenamiento penal.

Este planteamiento tiene repercusiones inmediatas e importantes en el sistema de participación criminal aceptado ampliamente por la doctrina contemporánea. En términos generales, el injusto del partícipe es accesorio y se fundamenta desde el injusto del autor; dicho de otra forma: «[...] es partícipe quien contribuye al resultado típico sin ejecutar la acción adecuada al supuesto de hecho típico. Por eso, los tipos de la parte especial describen solo el comportamiento de los autores, y las disposiciones relativas a la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad representan una *ampliación de la punibilidad* a comportamientos que, de otro modo, serían impunes [...]».[24] Esta base metodológica aplicada al delito de tráfico de influencias arriba a considerar que es autor quien ofrece sus influencias de intercesión a cambio de alguna ventaja. Del mismo modo, será partícipe en complicidad primaria el interesado que acepta la oferta (participación necesaria) y será inductor el interesado que solicita, primero, las influencias.[25]

La conclusión que permite punir la conducta del interesado en el delito de tráfico de influencias es de recibo en este pequeño trabajo, no así los fundamentos que avalan tal conclusión. Quienes asumen el argumento de la participación criminal parten de la idea de que los tipos de la parte especial sancionan distintas formas de intervención delictiva, pero que la valoración de cada una de ellas viene determina-

---

24 Calderón Cerezo, Ángel. y José Antonio. Choclán Montalvo. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 2.ª ed. Barcelona: Bosch, 2001, p. 399.

25 Cf. Reaño, José. Ob. cit., p. 111 y ss. cf. San Martín Castro, Cesar; José Reaño y Dino Caro. Ob. cit., p. 62. Reaño, José. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2004, p. 73 y ss.

da por la parte general del CP, de ahí que la conducta del autor sea de entre todas las punibles la más drástica por estar contenida en la parte especial.[26]

Por muy sugerente que se muestre este planteamiento, desde mi punto de vista, trae consigo un error. Si imaginamos por un momento que la parte general del CP no existiese, ¿dejaríamos de sancionar conductas llamadas de «participación»? Es decir, ¿acaso la valoración representada en un tipo de la parte especial del CP no es suficiente para no solo distribuir títulos de imputación, sino también para fundamentarlos? Parece lógico considerar que si la norma penal comunica determinada asignación de libertades (pues prohíbe la extralimitación de la libertad jurídicamente garantizada), su contenido prohibitivo ha de dirigirse a todo tipo de conducta siempre que se analice la idoneidad lesiva para poner en peligro o lesionar determinado bien jurídico (pues el derecho penal solo prohíbe la creación de especiales riesgos). Entonces, para el caso concreto del delito de tráfico de influencias, si se prohíbe mostrar a la administración pública como endeble o influenciable, es decir, si el mensaje normativo es evitar que se considere factible la imposición de intereses particulares por encima de los fines y objetivos prestacionales de una *correcta administración pública*, habrá que prohibir no solo el comportamiento de ofrecer influencias, sino también el de solicitarlas.

Sancionar la conducta del «partícipe» como de instigación o complicidad es reconocer, a fin de cuentas, que la conducta de participación lesiona el bien jurídico protegido, aunque se diga que solo es posible en virtud de una valoración que viene determinada de la parte general del CP, y en tanto ello se trata de una lesión indirecta. Pero el objeto de valoración viene de la propia parte especial que es donde la norma penal cobra sentido y se materializa efectivamente. Dicho con otras palabras, las normas que ampliarían la punibilidad (aunque el vocablo correcto sería «tipicidad») lo hacen de manera formal, pues el núcleo de imputación de responsabilidad penal viene determinado por lo infracción «indirecta» de lo contenido en la parte especial.

Negar el valor del principio de accesoriedad para fundamentar un injusto autónomo en cada creación de comportamientos típicos no viola el *principio de hecho* en

26 Cf. Robles Planas, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 176.

derecho penal, pues se parte de que se sanciona un concreto curso causal idóneo de lesión o puesta en peligro contra un determinado bien jurídico. No es que solo una conducta de autoría pueda «develar» un comportamiento de riesgo y a partir de ello solo es que se pueda razonar en términos de colaboración o instigación. Lo que devela el riesgo es un comportamiento típico idóneo y prohibido justamente por extralimitar el ejercicio de la libertad jurídicamente garantizada. Y las conductas de solicitar influencias, frente a lo que se intenta proteger, es ya una expresión intolerable para la sociedad del ejercicio de libertad por los efectos nocivos que de ello se desprende y que fueron valorados anteriormente para tipificar conductas de tráfico de influencias.

No se trata de mencionar que todo el hecho delictivo le pertenece tanto a autores como partícipes (interesado y traficante), pues ello revalida el principio de accesoriedad.[27] Se trata de advertir que el desvalor que contiene la prohibición normativa del artículo 400 del CP puede realizarse tanto desde la conducta del interesado como del traficante, lo cual permitiría prescindir de términos tales como «autoría» o «participación». Para lo aquí interesa bastaría con el término «creación de comportamientos típicos».

## 4. TRÁFICO DE INFLUENCIAS IRREALES

El precepto penal del artículo 400 CP sanciona incluso el supuesto de hecho en el cual el agente invoque u ofrezca influencias que en realidad no tiene. Con lo cual, ni siquiera podría hablarse de la puesta en peligro abstracta de algún interés jurídico protegido, y se trasgrediría así el principio de lesividad. En definitiva, el tráfico de influencias irreales es un supuesto de tentativa inidónea y, por mucho que esté tipificada en el precepto, una interpretación teleológica permitiría prescindir de su penalización, justamente en virtud de la contraposición advertida respecto del prin-

27 Al que se ha intentado redefinir criticando su tradicional concepción, cf., entre otros, Robles Planas, Ricardo. Ob. cit., p. 169 y pp. 220-225. Sancinetti, Marcelo. *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*. Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26.

cipio de lesividad[28] (además de la aplicación del artículo 17 CP). No será necesario, desde este punto de vista, razonar acerca de la impunidad de la conducta del interesado que solicita influencias a quien no las tiene o de quien acepta la inexistente influencia ofrecida, pues hasta aquí solo expongo la posición dominante respecto del sistema de partición criminal aplicada al delito de tráfico de influencias; por ende, sin injusto de autor no existe injusto de partícipe.

Coincido en la necesidad de una interpretación teleológica del precepto, de tal modo que reconstruyamos el proceso de «desnormativización» que el conjunto de enunciados legales produce.[29] Insertar el simple texto de la ley dentro de un sistema coherente y sistemático que parte de la Constitución es una de las tareas más importantes de un derecho penal moderno.

Sin embargo, es justamente esta interpretación teleológica la que permite fundamentar la necesidad de sancionar el delito de tráfico de influencias, incluso cuando se trate del ofrecimiento o solicitud de influencias irreales. En primer lugar, habrá que recordar el compromiso institucional del Estado peruano en la lucha frontal contra la corrupción, compromiso que viene determinado no solo por los fines y objetivos constitucionales, sino también por la suscripción de instrumentos internacionales en la materia.

En segundo lugar, le legitimidad de sanción en el supuesto de influencias irreales es una cuestión que tiene que ver con el fin preventivo de la norma penal propio de un Estado constitucional de derecho que apela a la capacidad de motivación de los destinatarios de la norma. En este sentido, con razón menciona Mir Puig: «Para que el Derecho penal *pueda* desear la evitación de un hecho y considerarlo antijurídico, es preciso que se trate de una conducta *evitable mediante la motivación normativa*. Un derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar [...]».[30]

---

28 Cf. Reaño, José. «¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias», p. 119.

29 Cf. Silva Sánchez, Jesús. «Sobre la «interpretación» teleológica en derecho penal». En Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (eds.). *Estudios de filosofía del derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 376 y ss.

30 Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derechos*. Barcelona: Bosch, 1982, p. 47.

Se mencionó *supra* que el concepto de riesgo debe ser determinado de forma *ex ante*, solo así se podrá exigir en el agente el conocimiento de aquel y con ello calificar su conducta de acuerdo con su evitabilidad. Y no podría ser de otro modo, pues el destinatario de una norma penal «[...] no podrá internalizar una norma de conducta para el futuro, porque la evaluación según las consecuencias del hecho no permite orientarse antes de realizar la acción».[31] Entonces, si el sujeto a quien le ofrecen interceder a su favor ante un funcionario judicial o administrativo no tiene cómo saber si está frente a un individuo que dice la verdad o miente acerca de sus influencias, y aun así decide aceptar las influencias, realiza un comportamiento de riesgo prohibido contra el bien jurídico, pues el interés que se intenta proteger no es la imparcialidad u objetividad de la administración pública (supuesto en el cual la conducta de trafico irreal de influencia es absolutamente atípico), sino la «institucionalidad de la administración pública» en el entendido de evitar el mensaje de una administración endeble e influenciable.

De no ser así, en el supuesto del sujeto que no puede saber si está frente a un verdadero traficante, habría que esperar a constatar en un momento posterior a la conducta realizada si es que existían o no las influencias, con lo cual la capacidad de motivación del destinatario de la norma, cuanto menos, se obstaculiza, en desmedro del fin preventivo de la norma penal. Dicho en otros términos, no es acorde con un ordenamiento penal inserto en un Estado constitucional de derecho que el carácter prohibido de una conducta se determine recién con posterioridad a la realización del comportamiento.

Si esto es así, la tipificación del supuesto de invocación, ofrecimiento o solicitud de influencias irreales está legitimada plenamente desde una interpretación teleológica del precepto penal inserto en un modelo de organización social que privilegia la participación y el desarrollo del individuo en sociedad. Asimismo, por aplicación directa de principios constitucionales que exigen el uso racional del derecho penal, es que se legitima, una vez más, la punición de las llamadas «influencias irreales».

---

31 Sancinetti, Marcelo. Ob. cit., p. 8.

## 5. SISTEMA CONCURSAL

El principal problema que en esta materia se suscita es el de la superposición de tipos penales. Sin embargo, habiendo definido el concreto comportamiento típico que la norma penal del artículo 400 CP tipifica y teniendo presente que el bien jurídico general *correcta administración pública* se materializa en distintos objetos de protección dependiendo del tipo penal del que se trate, la tarea de distinción debería resultar sencilla.

La idea central es la siguiente: el delito de tráfico de influencias concurre realmente con cada comportamiento típico que se requiera a efectos de hacer efectiva la promesa de intercesión que se realizó en virtud de las influencias invocadas. Con un ejemplo, supongamos que el sujeto «A» (traficante de influencias) me ofrece poder conversar con el juez de la causa acerca del caso en litigio, a cambio de una suma de dinero. Me ofrece, además, lograr que el juez me absuelva de los cargos. Con el dinero en mano, el sujeto «A» realiza una serie de gestiones valiéndose de sus influencias para lograr llegar al despacho del juez, convencerle de la rentabilidad del soborno y lograr, finalmente, que se me declare absuelto en el proceso penal por el delito de corrupción que afrontaba. Hecho que sucedió.

En el caso hipotético planteado, el sujeto «A» debe responder penalmente por los delitos de tráfico de influencias y cohecho activo, cuanto menos (al igual que el interesado). No es posible aplicar el principio de especialidad o de subsunción de tal forma que el delito de cohecho activo prime en la calificación delictiva de los hechos, pues se trata de distintos objetos de protección que responden a diferentes intereses garantizados por el ordenamiento penal, siempre con el objetivo de resguardar la *correcta administración pública.*

Sin embargo, habrá que atender a la idoneidad lesiva del comportamiento en supuestos en los que una sola conducta habilita la sucesión de una serie de acciones realizadas por un tercero. Es decir, ¿qué pasa si el traficante con el objetivo de cumplir con lo ofertado mata al funcionario que lo descubre? Esta variante no debe alcanzar al comportamiento típico del interesado, pues su conducta está sancionada solo por significar un curso causal idóneo de lesión o puesta en peligro contra el bien jurídico *institucionalidad de la administración pública*, no contra el bien jurídico vida.

# El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia

**Rafael Chanjan Documet**

## 1. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia (la Corte), no ha sido pacífica la toma de posición respecto de si es necesario en el peculado doloso del artículo 387 del Código Penal apreciar un perjuicio económico o patrimonial efectivo a los fondos públicos y si dicho perjuicio debe ascender a cierta cantidad pecuniaria. En efecto, aun cuando de la redacción del delito de peculado doloso no se evidencia una exigencia de perjuicio económico para su configuración, al intérprete de la norma penal le corresponde llevar a cabo esfuerzos teóricos a efectos de evaluar si dicho perjuicio es exigible frente a la razonable y limitada protección del bien jurídico protegido por este delito. Dicha labor nos obliga a responder a algunas interrogantes como, por ejemplo, ¿qué naturaleza tiene el bien jurídico protegido?, ¿cuándo se evidencia una lesión o puesta en peligro del bien jurídico?, ¿acaso la devolución de los bienes indebidamente apropiados o utilizados suprime el desvalor de resultado del delito?

Asimismo, en la realidad social peruana es muy frecuente la presencia de casos en los que se procesa penalmente a un funcionario público por el delito de peculado en mérito a apropiaciones o utilizaciones indebidas para fines privados de bienes públicos de escaso o exiguo valor económico. Teniendo en cuenta los principios garantistas que fundamentan la intervención penal, será relevante evaluar qué tan razonable es hacer funcionar todo el aparato punitivo estatal para sancionar esta clase de conductas. ¿Es que no interesa en ningún caso el monto de lo apropiado para la configuración del peculado? ¿Cuáles serían los criterios que fundamentan

la sanción o impunidad de peculados de montos irrisorios? El planteamiento de soluciones a esta problemática se hace más importante si se considera que la abundancia de casos judicializados de peculados por montos exiguos contribuye negativamente a acentuar la permanente sobrecarga procesal que el sistema penal viene padeciendo.

En este sentido, el presente trabajo abordará —siempre sobre la base de algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia—; primero, el análisis de la exigencia o no de perjuicio económico; segundo, el análisis de las implicancias de la devolución de bienes previamente apropiados o utilizados indebidamente; y, tercero, el estudio de la cuantía de lo indebidamente apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso.

## 2. ACERCA DE LA EXIGENCIA DE PERJUICIO ECONÓMICO EN EL PECULADO DOLOSO

Han sido diversos los pronunciamientos de la Corte Suprema en los que se ha reconocido al perjuicio económico como elemento típico imprescindible para la configuración del delito de peculado doloso. Así, podemos mencionar la Ejecutoria Suprema del 2 de agosto de 2004, en la cual se absuelve a los acusados, puesto que «[...] si bien la citada obra [«Rehabilitación Carretera Tibillos»] se realizó de manera distinta a la inicialmente especificada, en el dictamen pericial contable [...] se concluye en la inexistencia de perjuicios económicos [...]».[1] Es decir, se absuelve a los acusados por el delito de peculado doloso, ya que si bien la obra prevista se realizó de manera distinta a la establecida, no se verificó un detrimento patrimonial contable en los fondos públicos.

En esta misma línea de argumentación, está la Ejecutoria Suprema del 13 de octubre de 2010, en virtud de la cual se absolvió también a los acusados, toda vez que «[...] para la consumación del delito de peculado es necesario que se verifique la afectación, menoscabo o lesión al bien jurídico —perjuicio patrimonial— que

1 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1500-2003-ICA, fundamento 3.

generalmente será determinado por medio de una pericia [...]».[2] En este pronunciamiento, la Corte absuelve a los acusados en vista de que la entidad pública, antes que sufrir un menoscabo en su patrimonio al haber los acusados garantizado un préstamo personal con el dinero de las cuentas corrientes a plazo fijo del Estado, obtuvo un interés legal a favor por dichos depósitos. Es de notar que la Sala llega a determinar que, en este caso, no existió una lesión al bien jurídico protegido por el peculado, partiendo de que dicho bien jurídico es el patrimonio público.[3] Aunque la Corte no lo diga expresamente, ella se está adhiriendo a una teoría puramente patrimonialista o económica del patrimonio. Desde nuestro punto de vista y como lo viene sosteniendo un sector de la doctrina, dicha postura debe rechazarse a efectos de dar paso a un entendimiento más bien «funcional» del patrimonio que haga hincapié en la «adecuada gestión del patrimonio público»[4] para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública. Sobre esto volveremos más adelante.

Se reconoce aquí también a la Ejecutoria Suprema del 28 de enero de 2009, en virtud de la cual se absuelve a los acusados, dado que «[...] no se ha acreditado objetivamente un perjuicio económico en agravio de la Universidad Nacional Agraria de la Selva, es decir, no es posible estimar la existencia de daños y perjuicios ni que se haya lesionado el bien jurídico protegido [...]».[5] En este pronunciamiento, la Corte estima que no se produjo el necesario perjuicio económico en el peculado, toda vez que los bienes sustraídos (insumos químicos) por los funcionarios públicos fueron recibidos en calidad de donación por la entidad estatal.[6] Nuevamente, aquí se apela, como en el pronunciamiento anterior, a una falta de lesión del bien jurídico-penal; es decir, se excluye la relevancia penal de la conducta de los funcionarios en virtud de la aplicación del principio de lesividad penal reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal. De hecho, la Corte se ha referido expresamente a este principio para descartar la configuración del peculado en la Ejecutoria Suprema del 16 de noviembre de 2004, en donde sostuvo que en la

2 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3733-2009-LORETO, fundamento 4.

3 Cf. ib., fundamento 4.

4 Roca Agapito, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 162.

5 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 390-2007-HUANUCO, fundamento 5.

6 Cf. ib., fundamento 5.

conducta de la acusada se apreciaba una «[...] inexistencia de la lesividad a que se refiere el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal, pues ha quedado probado que no se ha producido un perjuicio económico al Estado [...]».[7]

Ahora, si bien todos estos pronunciamientos de la Corte excluyen la responsabilidad de los funcionarios públicos que se apropiaron o utilizaron indebidamente bienes públicos en virtud de la inexistencia de un perjuicio económico contra el Estado, dicha conclusión tendría como presupuesto lógico que el bien jurídico protegido por el peculado sería el patrimonio público en sentido económico (o jurídico-económico). Según esta concepción, el patrimonio se entiende como un concepto estático que abarca aquellos bienes que tienen valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica,[8] y que para apreciar su lesión únicamente se avaluaría la producción de un menoscabo cuantitativo en términos contables. El perjuicio patrimonial se definiría, entonces, como la disminución económicamente evaluable del acervo patrimonial de una persona (natural o jurídica).[9]

Esta es la concepción de patrimonio que, también, la Ejecutoria Suprema del 10 de marzo de 2008 ha acogido, en tanto que se exige para la corroboración de la lesión del bien jurídico la realización de una pericia contable. Según la Corte, «[...] para la configuración del delito de peculado se hace necesario que se acredite de forma fehaciente la lesividad causada a los fondos o efectos estatales encomendados, lo cual debe quedar corroborado por una actuación pericial contable determinante por tratarse de caudales del Estado [...]».[10] De esta manera, la Corte sostiene que es imprescindible llevar a cabo una pericia contable en el proceso penal para determinar si ha existido un perjuicio económico (desvalor de resultado) que aunado al desvalor de acción (apropiación o utilización de bienes públicos) configure el injusto penal del peculado. Es decir, según la Corte, solo hay injusto penal de peculado si existe perjuicio contable en las arcas públicas.

---

7 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3616-2003-CUZCO, fundamento 4.

8 Cf. De la Mata Barranco, Norberto y Xavier Etxebarria. *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 86.

9 Cf. ib., p. 9.

10 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 5617-2006-AREQUIPA, fundamento 3.

Como ya adelantamos anteriormente, no compartimos dicha concepción, puesto que, en un Estado constitucional y social de derecho, el patrimonio público debe ser protegido penalmente en tanto constituye una pieza indispensable para la realización de los fines prestacionales de la administración pública. Es por medio del uso del patrimonio público que el Estado puede hacer llegar a los ciudadanos los servicios públicos.[11] La valoración económica y contable de los fondos públicos es un aspecto circunstancial del «patrimonio público» como bien jurídico protegido en el delito de peculado, mas no agota ni define su contenido. El menoscabo cuantitativo de un haber contable no necesariamente se producirá en todos los casos que se afecte al bien jurídico protegido.[12]

En efecto, esta última afirmación se ve reforzada por lo establecido en el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción ratificada por el Perú: «Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado». Nuestra crítica a la tesis económica pura del patrimonio público ya ha sido recogida, en su momento, por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia del 3 de mayo de 2012, en virtud de la cual se eliminó de la redacción del delito de colusión desleal (artículo 384 CP), modificado por la Ley 29703, el término «patrimonialmente», bajo la consideración de que exigir un perjuicio económico efectivo al Estado, sin desvalorar la violación de deberes funcionales en este delito, era incompatible con los principios constitucionales que inspiran la intervención penal en este ámbito de la actividad estatal.[13]

A nuestro juicio, el patrimonio público como objeto de protección del delito de peculado debe entenderse en sentido funcional; es decir, lo que se protege en este delito es la funcionalidad del patrimonio público. El patrimonio público se protege penalmente en tanto sirve para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública y dicha funcionalidad se encuentra objetivada y garantizada legalmente, por medio de los procedimientos administrativos respectivos, sobre la base de los intereses generales.[14] En efecto, en principio, «[...] cualquier inter-

---

11 Cf. De la Mata Barranco, Norberto y Xavier Etxebarria. Ob. cit., pp. 98-101.

12 Cf. ib., p. 104.

13 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional 00017-2011-PI/TC, fundamentos 28-30.

14 Cf. De la Mata Barranco, Norberto y Xavier Etxebarria. Ob. cit., p. 107.

vención susceptible de lesionar dicha funcionalidad, al margen de la existencia de un menoscabo cuantificable numéricamente, habrá de considerarse típica [...]»,[15] salvo que dicha intervención sea completamente inidónea para frustrar el cumplimiento de los fines asignados a los concretos fondos públicos. Es por ello que la lesión o puesta en peligro del patrimonio público (desvalor de resultado) debe entenderse como el menoscabo de la aptitud en el tiempo oportuno de los recursos públicos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados.[16] El perjuicio patrimonial en el peculado, entonces, desde la óptica dinámica y funcional se refiere al perjuicio del potencial patrimonial de la administración para el cumplimiento de sus fines.[17]

Esta concepción funcional del patrimonio público fue la que suscribió la Corte Suprema en su Ejecutoria del 18 de julio de 2011. En dicho pronunciamiento, la Corte sostiene que «[...] en realidad el interés patrimonial que el tipo penal de peculado tutela se afinca en la sola puesta en peligro de la capacidad de gestión del Estado para cumplir con su finalidad de prestar servicios públicos [...] Por lo que se tutela, como apuntó Creus, la sola conservación del patrimonio público dentro de la esfera de disponibilidad de la administración pública, como garantía del cumplimiento de la función patrimonial del Estado [...]».[18] Así pues, como bien afirma la Corte en esta Ejecutoria, la funcionalidad del patrimonio público no solo abarca la actividad ejecutiva de la administración pública, sino también las de reserva y programación del gasto, por ejemplo.[19] En este sentido, no puede argumentarse, como erróneamente lo hizo la Corte en su Ejecutoria 1500-2003-ICA antes citada, que no se configuraría el peculado, porque el perjuicio económico no se evidenciaría cuando se realizan obras de manera distinta a lo programado, pero se cumple con la ejecución de estas.[20] El cumplimiento de los estándares administrativos procedimentales de la ejecución del gasto público es garantía para la funcionalidad del patrimonio público. Por ello, en principio, la apropiación o utilización indebida de

15 Ib., p. 107.

16 Cf. ib., p. 107.

17 Cf. ib., p. 106.

18 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 23-2001-09, fundamento 65.

19 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 23-2001-09, fundamento 62.

20 Cf. la nota 1 del presente texto.

caudales públicos podrá poner en peligro al bien jurídico de peculado (desvalor de resultado), aun cuando, luego, se cumpla con la ejecución del servicio público y contablemente no se observen pérdidas en las arcas públicas.

## 3. IMPLICANCIAS DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES INDEBIDAMENTE APROPIADOS O UTILIZADOS

Las implicancias de la devolución de los bienes indebidamente apropiados o utilizados frente a la configuración o no del injusto del peculado guardan estrecha relación con la problemática planteada en el punto anterior. Ha habido varias oportunidades en las que nuestra Corte Suprema se ha pronunciado sobre el particular, y las soluciones que ha expuesto no han sido uniformes, sino incluso a veces contradictorias. Ha habido ocasiones en las que la Corte ha sostenido que la devolución excluye el injusto de peculado, y otras en las que esgrime que dicha devolución es completamente irrelevante.

Respecto al primer grupo de pronunciamientos —en los que la Corte excluye el injusto del peculado en mérito a la devolución o restitución de los bienes públicos—, podemos mencionar la Ejecutoria del 16 de noviembre de 2004, según la cual la restitución de la cantidad faltante en los fondos de una institución pública supone la no perpetración del delito de peculado, lo cual hace que la conducta del agente carezca de contenido penal.[21] Lamentablemente, la Corte no se explaya lo suficiente en este pronunciamiento como para saber indubitablemente cuáles son las razones dogmáticas por las cuales no se considera cometido el delito; sin embargo, deducimos que lo hace, porque considera, erradamente, que el desvalor de resultado en este caso no existe. Nuevamente, si equivocadamente se considera que el objeto de tutela en el peculado es el patrimonio público en sentido puramente contable, y no se toma en consideración la garantía de la funcionalidad de dicho patrimonio que nos obliga a atender como referencia los diversos deberes de la actividad funcionarial, la lesión al patrimonio posiblemente no se aprecie si los bienes ilícitamente apropiados o utilizados se devuelven. Es decir, la problemática de la devolución de los bienes nos remite de nuevo a la determinación del

21 Cf. la nota 7 del presente texto.

bien jurídico protegido por este delito que, como ya dijimos, no puede entenderse en un sentido meramente económico o contable.

De hecho, inclusive si se optara por una concepción contable del patrimonio público como objeto de tutela en el peculado, igualmente se podría afirmar la configuración del injusto del peculado antes de que se restituyan los bienes, puesto que se perjudicó económicamente a las arcas estatales desde que se sustrajeron los bienes hasta que fueron restituidos. Es decir, el delito de peculado se consuma en el instante de la separación de los bienes de la esfera del dominio de la administración pública. Esta tesis fue sostenida por la propia Corte en su Ejecutoria del 20 de julio de 2005, en donde sostuvo que «[...] la consumación del delito de peculado se realiza instantáneamente al producirse la apropiación o la utilización para sí o para terceros —actos de disposición— [...]».[22] En dicha oportunidad la Corte descartó, acertadamente, que la devolución pueda significar una exclusión del injusto del peculado: «[...] se configura el delito de peculado cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque los mismos hayan sido restituidos [...]».[23]

En efecto, el delito de peculado se consuma cuando se incorpora parte del patrimonio público al patrimonio personal de manera definitiva (modalidad de apropiación) o temporal (modalidad de utilización); en dicho momento se produce el resultado lesivo, es decir, el perjuicio patrimonial (entendido en sentido funcional) al Estado.[24] En este sentido, la restitución de los bienes apropiados por el funcionario público constituye un acto posconsumativo, irrelevante penalmente frente a la configuración del injusto del peculado.[25] En esta línea de pensamiento, podemos mencionar la Ejecutoria Suprema del 1 de abril de 2004, según la cual: «[...] para la configuración de este delito no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, sino solamente que sean utilizados para fines ajenos al servicio aunque estos hayan sido devueltos [...]».[26]

---

22 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2275-2005-LIMA.

23 Ib.

24 Esta opinión es compartida por Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 501, aunque este autor exige para la configuración del peculado la existencia de un perjuicio económico que conste necesariamente en una pericia contable.

25 Comparte esta posición Rojas Vargas, Fidel. Ob. cit., p. 511.

26 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 512-2003-AREQUIPA.

Ahora, distinto es que se valore la devolución espontánea de los bienes apropiados o utilizados como atenuante de la pena concreta que deberá imponerse por la comisión del delito.[27] Del mismo modo, la devolución puede servir como un indicio procesal —dentro de una pluralidad de indicios concomitantes e interrelacionados— que evidencie la presencia o falta de dolo en la conducta de apropiación o utilización del bien público. Precisamente, en la Ejecutoria Suprema del 4 de diciembre de 2006, por ejemplo, se excluyó la responsabilidad de un funcionario público por el delito de peculado, puesto que se valoró la restitución de los bienes públicos como indicio de una actuación no dolosa.[28] Esta devolución, sin embargo, como ya dijimos, debe valorarse con otros indicios; este dato por sí solo y de manera aislada no puede utilizarse para probar la ausencia de dolo en el funcionario público.[29]

## 4. CONSIDERACIONES SOBRE LA CUANTÍA DE LO INDEBIDAMENTE APROPIADO O UTILIZADO

Respecto de este punto, habría que mencionar que nuestra Corte Suprema tampoco ha expresado de manera uniforme los sentidos de sus pronunciamientos. En algunas ocasiones, la Corte se decantó por la irrelevancia de la cuantía de los bienes públicos y; en otras, por la exclusión del injusto penal del peculado sobre la base de dicha cuantía. En efecto, el tipo penal de peculado no hace referencia alguna a un monto mínimo que deban tener los bienes públicos apropiados o utilizados para que se configure el injusto; sin embargo, como ya lo ha hecho notar un sector de la doctrina, esto no es obstáculo para que en aplicación de los principios inspiradores del derecho penal, en el caso concreto, se excluya la sanción penal por apropiaciones o utilizaciones de bienes de escaso o exiguo valor económico.[30]

---

27 Según el numeral 9 del artículo 46 CP, un criterio para que el juez determine la pena concreta que impondrá la comisión del hecho punible es la reparación espontanea del daño producido.

28 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4930-2005-PUNO, fundamento 4.

29 Sobre las características de la prueba indiciaria, cf. la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1912-2005-PIURA, precedente vinculante en razón al Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 del 13 de octubre de 2006.

30 Cf. Rojas Vargas, Fidel. Ob. cit., p. 504; y Abanto Vásquez, Manuel A. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 363.

Así, una de las Ejecutorias Supremas que sostiene que no interesa la cuantía de lo apropiado o utilizado para la configuración del injusto de peculado es la Ejecutoria Suprema del 13 de enero de 2004. En ella, la Corte sostuvo que era infundada la solicitud de cuestión prejudicial planteada por el encausado para la determinación de lo económicamente defraudado al Estado, puesto que «[...] en estos delitos [delitos contra la administración pública] no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados [...]».[31] Del mismo modo, podemos mencionar la Ejecutoria Suprema del 1 de abril de 2004 precedentemente citada,[32] que confirma la sentencia condenatoria contra los encausados por haber sustraído sistemáticamente diversos bienes de una entidad estatal.

Por otro lado, se encuentran los pronunciamientos de la Corte Suprema que excluyen la responsabilidad penal del funcionario público por el delito de peculado cuando la cuantía económica de los bienes es exigua o insignificante. En su Ejecutoria del 8 de abril de 2009, la Corte Suprema absuelve a los funcionarios encausados, pues el monto del que estos se habrían apropiado ascendía tan solo a la suma de 0,76 céntimos de nuevo sol. En términos de la propia Corte:

> [...] el mérito de los informes periciales contables [...] permitió acreditar que todo el dinero presupuestado y destinado a la obra fue utilizado en su ejecución, lo que se corrobora con el dictamen pericial contable [...] en el que se indicó que existe un insignificante faltante de setenta y seis céntimos de nuevo sol; que por consiguiente, no se verificó que los encausados se hayan apropiado de fondos públicos que le fueron asignados para su administración, por lo que su conducta no se subsume en el delito de peculado doloso [...][33]

Aunque no queda del todo claro lo que la Corte pretende hacer notar en este fragmento de su Ejecutoria, pareciera que se afirma la inexistencia del elemento típico de «apropiación» sobre la base del ínfimo desbalance patrimonial en la ejecución de la obra pública. Es decir, la Corte no habría excluido la responsabilidad penal de los encausados por una cuestión sustantiva, sino por un asunto probato-

---

31 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3682-2002-LA LIBERTAD.

32 Cf. la nota 26 del presente texto.

33 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1686-2007-ANCASH, fundamento 4.

rio. El ínfimo monto de lo defraudado a las arcas públicas sería indicio de que los funcionarios no se «apropiaron» de bien público alguno.

A nuestro juicio, este razonamiento de la Corte no es completo, puesto que, en primer lugar, de la sola valoración de una pericia contable no se puede inferir lógicamente de manera certera que no existió la conducta de apropiación (desvalor de acción). La Corte parece confundir el desvalor de acción con el desvalor de resultado en este delito. En todo caso, podría deducirse que lo que la Corte pretendería decir es que no existió una lesión del bien jurídico en virtud del escaso valor económico de lo defraudado. Si esto fuera así, como ya sostuvimos anteriormente, la lesión del patrimonio público, en sentido funcional, no puede agotarse en consideraciones puramente económicas. En el presente caso, efectivamente, los funcionarios encargados de llevar a cabo la obra la ejecutaron sin seguir las especificaciones técnicas previstas; es decir, incumplieron ciertos deberes procedimentales en el uso de los recursos públicos, por lo que, en este caso particular, desde nuestro punto de vista —si existió por parte de los funcionarios una conducta de apartamiento de los bienes públicos de la esfera de disponibilidad de la administración pública y se los puso en situación de disposición privada—,[34] hubo una lesión al bien jurídico (desvalor de resultado) también.

Ahora bien, una problemática distinta representa el dilucidar si es razonable considerar que todo tipo de ataque contra el patrimonio público, en sentido funcional, merece la intervención del derecho penal. Nuestra Corte Suprema, en su Ejecutoria del 16 de noviembre de 2004, excluyó la responsabilidad de una funcionaria por considerar que la lesividad al bien jurídico era mínima en razón al exiguo monto apropiado. Según la Corte, «[...] respecto a la acusada [...] existe una mínima lesividad, ya que el faltante advertido asciende a cuatrocientos dos nuevos soles con ochenta céntimos [...]».[35] Es decir, la Corte señala que existe una mínima lesividad contra el bien jurídico solamente porque el monto de lo apropiado es exiguo.

En nuestra opinión, para determinar cuán intenso ha sido el ataque contra el bien jurídico protegido por el delito de peculado, no solo debe atenderse al monto

---

34 Esta es la definición de «apropiación» que ha sido establecida en el Acuerdo Plenario de las Salas Supremas Penales de la Corte Suprema de Justicia 4-2005/CJ-116 del 30 de septiembre de 2005, fundamento 7.

35 Cf. la nota 7 del presente texto.

dinerario de los bienes apropiados o utilizados, sino también al grado de afectación negativa que suponen tales conductas para el cumplimiento de los fines prestacionales de la específica institución pública defraudada. Esto es, no será igualmente grave apropiarse de 100 nuevos soles que pertenecen a una obra de construcción de veredas cuya ejecución está a cargo de la Municipalidad Distrital de San Borja que apropiarse del mismo monto cuando este pertenece a una pequeña municipalidad distrital de la provincia de Puno para la realización de su Programa del Vaso de Leche. Siendo coherentes con nuestra definición del bien jurídico patrimonio público en clave funcional, nos es insuficiente determinar el grado de lesividad, exclusivamente, sobre la base de la cuantía de los bienes públicos.

Así pues, creemos que aquellos ataques al patrimonio público que, suponiendo una disminución contable del patrimonio de la administración pública, no resultan idóneos para producir peligro alguno en la capacidad de la entidad estatal para prestar servicios públicos, deberían ser irrelevantes penalmente.[36] En este sentido, en los dos casos planteados en el párrafo anterior, la apropiación de los 100 nuevos soles del funcionario de la Municipalidad de San Borja, en principio, podría ser irrelevante penalmente, si no existe riesgo alguno de afectar la capacidad de prestación de servicios públicos en el área específica. Por otro lado, la apropiación de los 100 nuevos soles del funcionario de la municipalidad de un distrito de Puno sí sería, en principio, perfectamente sancionable por el delito de peculado, toda vez que ese monto dinerario podría significar con mayor probabilidad la imposibilidad de adquirir oportunamente la leche que deberá luego distribuirse.

No obstante, cuando el peligro al que estamos haciendo referencia exista pero sea mínimo, desde nuestro punto de vista, todavía se puede limitar la intervención del derecho penal por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad (que abarca los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).[37] Según Lopera Meza, dentro del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se valora, además de otros criterios, el grado de lesividad o puesta

36 De esta opinión son partidarios también De la Mata Barranco, Norberto y Xavier Etxebarria. Ob. cit., p. 108.

37 Este principio ha sido reconocido y utilizado por el propio Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de la ley penal que creó la agravante genérica de la reincidencia en la sentencia 00014-2006-AI del 19 de enero de 2007, fundamentos 41-47.

en peligro de la conducta prohibida para el bien jurídico.[38] Asimismo, Arroyo Zapatero ubica en este subprincipio la evaluación del carácter fragmentario del derecho penal, siendo que «[...] no han de sancionarse todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos [...]».[39]

De este modo, se podría excluir la intervención penal en aquellas conductas formalmente subsumibles en el tipo del peculado que, por representar un peligro mínimo o muy lejano de entorpecimiento de la aptitud de los recursos públicos para cumplir con los fines prestacionales asignados, no merecen penalizarse; es decir, cuando la intervención penal aparezca como desproporcionada. Como bien afirma Arroyo Zapatero, el juez penal «[...] puede apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas un determinado género de conductas que solo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido [...]».[40] No obstante, debe quedar claro que este es un análisis que debe hacerse caso por caso, por lo que no deben darse teorías absolutas que, como se mostró en los pronunciamientos de la Corte Suprema, consideren siempre irrelevante la cuantía de los bienes o que la exigua cuantía de los bienes siempre hará que el hecho sea irrelevante penalmente.

## 5. CONCLUSIONES

- El perjuicio patrimonial —entendiendo el patrimonio desde una perspectiva puramente económica o contable— no es exigible para la configuración del injusto penal del peculado (artículo 387 CP). La disminución contable del patrimonio de la administración pública puede estar presente en algunos casos, mas no necesariamente en todos; pues lo decisivo para la lesión del bien jurídico protegido por el peculado es el menoscabo del potencial patrimonial

38 Cf. Lopera Meza, Gloría Patricia. «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales». *Jueces para la democracia*, n.º 53, 2005, pp. 46-47.

39 Arroyo Zapatero, Luis. «Derecho penal económico y Constitución». *Revista Penal*, n.º 1, 1998, p. 6.

40 Ib., p. 6.

del Estado y de su aptitud para cumplir con sus fines prestacionales, en donde los parámetros administrativos de actuación funcionarial se erigen como garantía de la consecución de dichos fines.

- La devolución o restitución de los caudales públicos ilícitamente apropiados o utilizados por el funcionario público en ningún caso suponen la exclusión o supresión del injusto penal de peculado. El delito se consuma cuando se imposibilita a la administración pública de disponer de los recursos públicos, y se pone en peligro el cumplimiento oportuno de sus fines. La lesión del patrimonio público en sentido funcional (desvalor de resultado) se produce con antelación a la restitución de los bienes; no obstante, su devolución espontánea puede servir como atenuante de pena o como indicio para evaluar la presencia o no de dolo en el agente.

- La cuantía de los bienes apropiados o utilizados puede servir como criterio para excluir la intervención penal en determinados casos; sin embargo, este por sí solo es insuficiente, debe estar acompañado siempre por la valoración del grado de afectación que sufre la específica entidad perteneciente a la administración pública en su capacidad de brindar adecuados servicios públicos. Cuando dicha afectación sea mínima debido a las remotas posibilidades de entorpecimiento de la función prestacional específica de la entidad pública, se podrá acudir, en cada caso concreto, al principio de proporcionalidad para excluir el injusto penal.

# Tercera parte
# Estudios críticos sobre algunos aspectos procesales en materia de delitos contra la administración pública

# Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria

**Luis Vargas Valdivia**

## 1. INTRODUCCIÓN

La imposición de una sanción penal requiere un juicio previo en el que se declare la culpabilidad del procesado por la realización de una conducta delictiva atribuida.[1] En este juicio previo se discuten fundamentalmente dos cuestiones: *a*) si el hecho fáctico en el que materia de la imputación penal está debidamente probado y puede subsumirse en los supuestos de tipicidad previstos en el ordenamiento legal; y *b*) si el imputado es responsable de la realización de la conducta ilícita atribuida a él. El principio de presunción de inocencia (pero también los de debido proceso y derecho de defensa) obliga a las partes acusadoras en un proceso a desarrollar una actividad probatoria tendiente no solo a recrear en el juez hechos acontecidos en el pasado, sino sobre todo a generar en él certeza, más allá de toda duda razonable, respecto de la comisión del delito, la responsabilidad del imputado y los demás hechos vinculados (móviles, circunstancias atenuantes, agravantes, partícipes, identidad del agraviado, determinación del daño, etcétera), lo que permitirá dar sustento a una sentencia.

Queda claro que el objeto del proceso penal es alcanzar la verdad, pero no de cualquier manera o a cualquier precio, sino por medio de la actividad probatoria, la que debe constreñirse y fijarse a los principios consagrados tanto por los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales como por nuestro ordenamiento constitucional. Como bien apunta el profesor Manuel Mi-

1 Cf. Jauchen, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Argentina, 2006, p. 14.

randa Estrampes,[2] una sentencia condenatoria no puede sustentarse en actos de prueba, practicados en el juicio oral con plena observancia de las garantías de legalidad, oralidad, inmediación, publicidad y contradicción. La observación de estos principios es lo que caracteriza al Estado de derecho y lo diferencia de las demás modalidades de gobierno despóticas o tiranas.

Si bien conforme con las reglas del modelo desarrollado en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) corresponde a las partes promover la actividad probatoria –con especial énfasis en las partes acusadoras sobre quienes recae la carga por generar en el juez certeza respecto de la imputación–, sin embargo no podemos aseverar que el juez sea ajeno a dicha actividad pues a él le cabe la función de evaluación respecto de la legalidad, pertinencia y utilidad de las pruebas ofrecidas, la actuación de los medios probatorios, conforme con los principios antes señalados y, finalmente, la valoración de la prueba.

Por lo tanto, es deber del juez ser minucioso y prolijo en la actividad probatoria, y otorgar mérito jurídico a las pruebas actuadas en el juicio. Y es que el proceso penal peruano, siguiendo el modelo euro continental, se suscribe al sistema de la libre valoración vinculado a las reglas de la «sana crítica» (artículo 158.1 NCPP). Este sistema establece, al decir del profesor Cafferata Nores,[3] la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que las conclusiones que lo lleven a la decisión final (sentencia) sean causa de las pruebas actuadas, debiendo así plasmar el método de raciocino utilizado (obligación a la fundamentación). Queda claro pues, como anota el profesor Miranda Estrampes,[4] que, a diferencia de los sistemas de la libre valoración o de apreciación de conciencia (artículo 283 antiguo Código de Procedimientos Penales), el juez debe valorar las pruebas conforme con las reglas de la sana crítica que son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano, como señala Couture, citado por el profesor Miranda. Estas reglas son las que obligan además al juez a explicar de manera clara e inteligible el proceso intelectual y de análisis utilizado para determinar aquellos hechos que, a su entender, han sido o no probados en el juicio.

---

2 Cf. Miranda Estrampes, Manuel. *La valoración de la prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, p. 8.

3 Cf. Cafferata Nores, José. *Temas de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Desalma, 1988, p. 288.

4 Cf. ib., pp. 8 y 9.

De lo expuesto se puede concluir que la sentencia condenatoria requiere de una valoración de suficiente prueba de cargo que, desde una sana crítica racional, lleve al juzgador a la certeza, más allá de toda duda razonable, de la comisión del delito y de la responsabilidad del imputado, que fundan la decisión de condena. Por lo general, este nivel de certeza se alcanza de manera óptima con pruebas directas que acrediten suficientemente el hecho penalmente relevante; sin embargo, no solo el carácter subrepticio que caracteriza ordinariamente la realización de un delito, sino también las especiales circunstancias que rodean la comisión de determinados delitos, en especial aquellos cometidos por algunos funcionarios públicos, como el de colusión (artículo 384 CP), que aprovechando su ubicación en las altas esferas del Estado se organizan de manera que puedan entorpecer las investigaciones y el acopio de medios probatorios a fin de obtener impunidad, traen como consecuencia que no siempre se encuentren pruebas directas de cargo. Bajo estas circunstancias, dar relevancia probatoria únicamente a la llamada «prueba directa» significaría tener que asumir niveles intolerables de impunidad por deficiencias o insuficiencias probatorias, por lo que resulta de suma importancia la utilización de la denominada «prueba indiciaria».

## 2. DE LA PRUEBA INDICIARIA

Cuando nos encontramos frente a crímenes cometidos por organizaciones delictivas o referidos a hechos de especial magnitud, la actividad probatoria no se puede agotar en la búsqueda de pruebas directas, por lo que se debe recurrir a la prueba indiciaria. En ese orden de ideas se ha pronunciado el Tribunal Supremo argentino, al establecer que no pueden solicitarse pruebas directas con la intención de demostrar hechos cometidos en la clandestinidad por miembros de aparatos organizados de poder, que actúan con la clara intención de no dejar evidencia de ninguna clase.

En estos casos se debe recurrir a la prueba indiciaria, también denominada prueba mediata, circunstancia, de inferencias o aquella conseguida por medio de presunciones. En palabras del profesor Cafferata Nores,[5] estamos frente a un modo de

5 Cf. ib., p. 288.

valoración judicial de ciertos hechos probados que se fundamenta por medio de un método lógico, basado en diversos datos que permiten intentar demostrar una imputación legal. En otras palabras, se trata de un procedimiento de apreciación de ciertos datos probados, pero que no tienen una relación inmediata con el tema probado; esto es, vendría a ser un sucedáneo de prueba, el cual cuenta con características similares y es capaz de llevar al juez a un mismo o mayor nivel de certeza y confiabilidad. Entonces, es conveniente señalar que la prueba directa no puede considerarse siempre de alta fiabilidad, mientras que por medio de la prueba indiciaria se puede alcanzar un mayor nivel de certeza, pues exige el uso de un proceso de razonamiento basado en las leyes de la lógica y la experiencia. Por ello es que más que un medio probatorio, se le considera una actividad en la que el juez se ve obligado a utilizar el raciocinio para poder llegar a una conclusión o inferencia válida.

Es de resaltar que no solo la doctrina es prácticamente uniforme al señalar que la prueba indiciaria o indirecta sí reúne los estándares requeridos tanto en los instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales como en nuestro ordenamiento constitucional; sino que ello ha sido reconocido tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse las sentencias del 18 de enero de 1978, *Irlanda vs. Gran Bretaña*; 27 de junio de 2000, *Salman vs. Turquía*; 8 de abril de 2004, *Tahsin vs. Turquía*) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias *Asuntos Ney Anzualdo Castro vs. Perú*, *Manfredo Velásquez vs. Honduras* del 29 de julio de 1988); así como nuestro Tribunal Constitucional (sentencia expediente 00728-2008/HC) y la Corte Suprema de Justicia de la República (expediente R.N 1912-2005, recogida en el Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006) coinciden en señalar que la prueba por indicios sí es válida para sustentar una sentencia condenatoria y no requiere estar convalidada con prueba directa alguna.

Ahora bien, la prueba por indicios se encuentra regulada por el artículo 158.3 del NCPP, y se colige que está integrada por dos elementos: el indicio y la inferencia.

El indicio está conformado por todo hecho o conducta que si bien es distinto a los hechos materia de prueba; sin embargo, sí están vinculados de algún modo, al encontrarse en la periferia de este, por lo que sí resulta relevante para lo que es materia de la actividad probatoria.

El indicio debe estar debida y firmemente acreditado; es más, cierto sector de la doctrina apunta a que el indicio debe estar acreditado con prueba directa (por

ejemplo, se determina que las muestras orgánicas encontradas en el arma del homicidio corresponden al imputado gracias al examen del ADN), lo que en modo alguno implica que la prueba indiciaria deba estar corroborada por alguna prueba directa.

Los indicios deben ser múltiples o plurales, convergentes y concordantes. Al respecto, en la Ejecutoria Suprema R.N 1912-2005 (recogida en el Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, se señala que excepcionalmente el indicio puede ser único pero de «[...] una singular fuerza acreditativa». Al respecto, debo señalar que tengo dudas sobre la posibilidad de un indicio único, pues en los casos analizados se llega a la conclusión de que en realidad no se trata de un indicio sino de prueba directa.

Estos indicios múltiples deben estar además concatenados, relacionados y deben ser periféricos del hecho que se probará. Los indicios no deben estar desvirtuados o rebatidos, y debe tenerse en cuenta que respecto a ellos se aplican los principios de la actividad probatoria (legalidad, oralidad, inmediación y contradicción) y, antes de acordar su actuación, el juez debe verificar si resultan pertinentes y útiles.

Los indicios son aquellos hechos que se encuentran en la periferia del objeto que hay que probar, pero que guardan relación directa con él. Se requiere, además, que exista una pluralidad de indicios que converjan sobre un mismo hecho para que la prueba sea incorporada al proceso. *¿Qué es la inferencia?* Es la conclusión a la que se llega luego de analizar los diversos indicios, en un estudio concatenado y entrelazado de estos. La inferencia nos permite llegar a una conclusión inicial conformada por varios hechos en los que se hace referencia a los indicios encontrados, los cuales, al ser analizados de forma concatenada, nos permiten llegar a una conclusión única, una certeza. Por ello se dice que la inferencia tiene que ser unívoca, pues si los indicios nos llevan a varias conclusiones, luego de la valoración probatoria, no habremos obtenido resultado alguno.

Como lo apunta el profesor Joaquín Jiménez, en el informe preparado para la Oficina de la Droga y el Delito de las Naciones Unidas,[6] si bien cierto sector de la doctrina clasifica los indicios como *a*) vehementes o graves y *b)* menos graves o

6 La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos —Perspectiva del juez—. Septiembre de 2006, pp. 9 y 10.

leves, en la práctica dicha diferencia no tiene mayor sentido pues los indicios menos graves o leves equivalen a las meras suposiciones o conjeturas, las que no tienen la fuerza suficiente para excluir otras opciones; lo que no sucede con los vehementes o graves que, como hemos señalado, se encuentran debidamente corroborados y permiten una sola conclusión. Es por eso que, en realidad, el indicio como tal, al estar debidamente acreditado y al ser analizado con los demás indicios, nos permitirá llegar a una única inferencia respecto del objeto de la prueba.

La valoración de los indicios no puede realizarse de manera individual, separada; sino, por el contrario, debe efectuarse en forma enlazada, concatenada, uniendo unos a otros, pues precisamente la fuerza corroborada de estos surge del análisis y evaluación en conjunto.

El segundo elemento es la *inferencia*, que es la conclusión a la que se arriba, de manera unívoca, luego de analizar los indicios, y que permite acreditar el objeto de prueba del proceso. Esto es la comisión del delito y la responsabilidad del imputado. Debe existir una conexión lógica entre los indicios y la inferencia.

La valoración integral de los indicios debe llevar, gracias a un raciocinio crítico, a la conclusión natural respecto de los hechos materia de prueba y, por ende, del proceso, de modo que permita al juez llegar, si es posible, al juicio de certeza sobre un contenido incriminatorio objetivado en los hechos probados. Esto explica por qué la prueba indiciaria es tan garantista como la prueba directa y probablemente más, puesto que exige una mayor motivación, que actúa en realidad como un *plus* de garantía, que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal.

Finalmente, se exige que el juez no solo exprese el juicio de inferencia sino que detalle, de manera clara y precisa, el razonamiento que le ha permitido llegar a la conclusión partiendo de indicios.

## 3. VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, en la jurisprudencia antes mencionada, el razonamiento utilizado por el

juez que, partiendo de los indicios, le ha permitido llegar a la inferencia y así a la certeza requerida para vencer la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria debe tener en cuenta el objeto de la prueba que, como en todo proceso, lo constituye tanto la comisión del delito así como el nivel de participación del imputado.

En tal sentido, resulta pertinente anotar que en el delito de colusión desleal, como cualquier infracción penal, debe ser objeto de prueba de cada uno de los elementos típicos: *a*) especial condición del sujeto activo o imputado, no olvidemos que este es un delito especial propio, por lo que debe acreditarse que el imputado no solo tiene la condición de funcionario público, sino que también interviene un determinado acto jurídico en representación del Estado; *b*) concertación con el particular o entra neus, *c*) la conducta fraudulenta en perjuicio del Estado (no necesariamente patrimonial); y *d*) la naturaleza del acto jurídico (licitación, suministro, concurso de precios, etcétera) materia del delito. La entidad o suficiencia de la prueba, cuya complejidad se reconoce, debe armonizarse con la vigencia de principios constitucionales de indiscutible valor, como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* y la exclusión de la prueba ilícita. Las reglas del ofrecimiento, actuación y valoración de la prueba no deben sufrir relajamiento, flexibilidad o merma alguna, así como la complejidad del tema probatorio no debe llevar a sostener el atemperamiento de la calidad y suficiencia de la prueba. La materia o el ámbito temático que ha de probarse, por más dificultad que encierre, no debe ejecutarse con desmedro de los derechos fundamentales.

Como hemos señalado, dada la naturaleza clandestina u oculta como opera la dinámica comisiva del delito de colusión desleal y teniendo en cuenta además que el imputado es un funcionario público que, en caso de actuar en una estructura de poder organizada habrá de propender a la desaparición de las pruebas y el entorpecimiento de la investigación, la doctrina recuerda la necesidad de recurrir cada vez con más insistencia a la prueba de indicios o prueba de presunciones.[7]

En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha venido desarrollando, por medio de la jurisprudencia producida en los últimos años, una serie de conceptos y principios

7 Cf. Extebarria Zarrabeitia, Xabier. *Fraudes y exacciones ilegales*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 209.

referidos a los indicios que tanto las partes como los jueces pueden o deben tomar en cuenta, a efectos de desarrollar la actividad probatoria en los procesos por estos delitos.

Así, el Supremo Tribunal ha establecido que la prueba del delito de colusión residiría en que un alcalde contrató una empresa para la construcción de una carretera sin respetar los convenios suscritos con el Gobierno Regional, el cual le impedía contratar con terceros.[8] Considero oportuno anotar que la breve descripción que se hace en la Ejecutoria Suprema de los hechos que se consideran probados no permite determinar si en efecto se ha cumplido con los supuestos desarrollados en la Ejecutoria vinculate dictada en el RN 1912-2005, pues no se cuenta con los elementos necesarios para establecer si en dicho caso en efecto ha existido multiplicidad de indicios concatenados, ni tampoco se explica adecuadamente el razonamiento utilizado para llegar a la conclusión de certeza respecto de la comisión del delito y la responsabilidad del acusado.

De igual manera, la Sala Penal de la Corte Suprema ha precisado la prueba del delito de colusión sobre la base de la entrega de productos en mal estado, pero que pese a todo llevó a los procesados a pagar con inusitada rapidez el íntegro del dinero,[9] expidiendo un cheque a favor del encausado, cuando lo correcto hubiera sido girar el cheque a nombre de la empresa contratista, hecho que además se produjo cuando el producto ni siquiera había ingresado en el almacén de la entidad agraviada. A ello se agrega la falsificación de una carta de cotización de una empresa contratista que nunca fue remitida.

Lo destacable de esta jurisprudencia es que fundamenta la confirmación de la condena expedida en primera instancia, en una *pluralidad concatenada de indicios relevantes*, los que demostrarían la concertación producida entre la empresa contratista y los funcionarios públicos, tales como: *a*) la entrega del producto en mal estado, que se entiende no supuso una labor de verificación y de control previo por parte de los funcionarios, más aún cuando uno era jefe de la Oficina de Abastecimiento; *b*) la rapidez en el pago del íntegro del dinero; *c*) el giro del cheque salió a nombre del encausado y no a nombre de la empresa contratista, si bien este indicio no es

8 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3978-2001 del 9 de octubre de 2002.

9 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1477-2004 del 1 de marzo de 2005.

unívoco ni rotundo debe interpretarse junto a los demás indicios; *d*) el producto ni siquiera había ingresado en los almacenes, lo que supone que no se desarrolló un visto bueno o la conformidad de los bienes en cuanto al estado, cantidad y calidad por parte del funcionario competente; y *e*) la falsificación de una supuesta cotización de una empresa contratista que no participó en el proceso de selección.

Por otro lado, el máximo órgano de justicia de la República ha reconocido expresamente el valor de la prueba indiciaria en el delito de colusión desleal, al confirmar la sentencia condenatoria sobre la base de diversos indicadores, tales como: *a*) en su condición de contador aceptó girar un cheque a favor de la empresa, a pesar de que nunca existió contrato, ni valoró que resultaba excepcional la forma de adquisición (pagó por adelantado sin contraentrega física del bien); *b*) pese a tener en su poder la carta fianza presentada por la citada empresa con el supuesto objetivo de garantizar la transacción, no la ejecutó en el plazo correspondiente;[10] y *c*) la adquisición de las especies no tenía sustento técnico para su requerimiento por parte del supuesto usuario del servicio.[11]

El mismo razonamiento, al valorar una pluralidad de indicios, se observa cuando en Ejecutoria Suprema se señala que: *a*) no se tuvieron en cuenta las especificaciones técnicas y presupuestos internos; *b*) no se siguieron las sugerencias aportadas por el asesor; *c*) se ignoraron las disposiciones del Reglamento Único de Adquisiciones pese a que la empresa fue observada en la primera convocatoria por presentar precios mayores a los del mercado; y *d*) omitir la presentación de la carta fianza de fiel cumplimiento.[12]

Otros factores e indicadores de cargo tomados en cuenta por la jurisprudencia peruana para probar la colusión desleal son los siguientes: admitir en un proceso de selección el precio más alto; otorgar un adelanto fuera de contrato;[13] la marginación de otros postores; la existencia del vínculo de parentesco; cuando no se

---

10 Cf. Gómez Méndez, Alfonso y Carlos Gómez Pavajeau. *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 322.

11 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 284-2003 del 13 de mayo de 2004.

12 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1060-2003 del 30 de junio de 2004.

13 Cf. Dictamen del fiscal supremo en lo penal recaído en el Recurso de Nulidad 740-2003 del 4 de junio de 2004.

cumplían las especificaciones técnicas requeridas, se efectuaron pagos sin que se produzca la entrega total de los bienes; el pago superior a lo pactado; la convocatoria al concurso público no fue publicada en el diario oficial; existió una inusual celeridad en la gestión del pago mediante un cheque a favor de la empresa beneficiada; la empresa no estuvo constituida legalmente ni se encontraba registrada como proveedor; la orden que dio el director del hospital fue verbal;[14] el haber suscrito un contrato con una empresa que no tenía licencia de funcionamiento, no tenía local comercial, ni se encontraba inscrita en el Registro de Proveedores.[15] En esta línea, resulta importante citar El caso del alcalde que contrató una empresa de propiedad de un regidor, siendo además que el número de Registro Único del Contribuyente con el que facturó los contratos no pertenecía a la citada empresa; se adquirieron productos de segunda como si fueran nuevos; fue una adquisición sin requerimiento técnico por parte de la unidad requirente; que los bienes no fueron entregados al nosocomio pese a que se abonó 80% de su costo total; y que tampoco se suscribió contrato alguno.[16]

Por último, conviene destacar la importancia de los peritajes e informes técnicos en la acreditación del delito de colusión desleal, tanto para acreditar el perjuicio patrimonial, como si existió sobrevaluación o respecto de la naturaleza o característica de los bines y/o servicios adquiridos. Sobre el particular, conviene precisar que resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales[17] dentro del proceso penal, ya sea como pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de otro orden, siempre que se busque determinar la existencia o no del perjuicio y la precisión de la magnitud de este. En ese sentido, la pericia contable permite establecer, por ejemplo, si ha existido perjuicio o ventaja patrimonial[18] a la concreta entidad del desplazamiento patrimonial. Conviene precisar que los hallazgos o resultados de las pericias o auditorías que se formulen deben ser concretos y específicos, y evitar en todo momento ser genérico.[19]

---

14 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1590-2005 del 2 de diciembre de 2005.

15 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 144-2004 del 7 de julio de 2004.

16 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1590-2005 del 6 de julio de 2005.

17 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1382-2002 del 5 de mayo de 2003.

18 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 238-2005 del 14 de junio de 2005.

19 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3342-2003 del 10 de noviembre de 2004.

# Algunos apuntes sobre la defensa judicial del Estado en el caso Fujimori-Montesinos

**José Ugaz Sánchez-Moreno**

## 1. LOS INICIOS DE LA PROCURADURÍA AD HOC

El jueves 2 de noviembre de 2000, el ministro de Justicia, Alberto Bustamante, recibió una llamada de su par en Relaciones Exteriores, Fernando de Trazegnies, quien le comunicó que a su vez lo había llamado el embajador suizo para notificarle que en el Cantón de Zurich (Suiza), las autoridades helvéticas habían detectado cuatro cuentas a nombre de Montesinos y empresas relacionadas con él; las cuentas contenían nada menos que US$ 48.000.000 (cuarenta y ocho millones de dólares).

Esto constituía la evidencia irrefutable de que Montesinos estaba involucrado en graves actos de corrupción, lo que complicaba significativamente al presidente Fujimori; pues hasta antes de la aparición del famoso video en el que aparece sobornando a Kouri, en las múltiples oportunidades en que Montesinos fue cuestionado, incluso en el delicado incidente de la triangulación en la compra de fusiles jordanos destinados a la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), este había dado su incondicional respaldo a su asesor.

Enterado Fujimori, que en esos días se encontraba en una frenética y circense «búsqueda» de su prófugo asesor en los elegantes barrios de Chaclacayo, ante la imposibilidad de encontrarlo, le encargó al ministro de Justicia que lo ubicara y capturara.[1]

1 A esa fecha, 1 de noviembre de 2000, habían transcurrido cincuenta y tres días de la exhibición pública del video en que Montesinos aparece sobornando con US$ 15.000 (quince mil dólares) al congresista opositor Alberto Kouri Bumachar para que se pase a las filas del oficialismo. A raíz de esa denuncia, Montesinos huyó a Panamá, donde permaneció algunos días intentando el asilo, pero luego, ante el fracaso de esa gestión, volvió al Perú, donde se mantuvo en la clandestinidad hasta su nueva fuga a Venezuela.

Fue en estas circunstancias que me convocó el ministro Bustamante para que lo ayudara a cumplir con tamaño encargo. El viernes 3 de noviembre, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución Suprema 240-2000-JUS, suscrita por los ministros de Justicia, Relaciones Exteriores y el propio presidente de la República, en la que se me designaba procurador ad hoc «para que en representación de la defensa de los derechos e intereses del Estado, interponga las acciones legales pertinentes contra el Sr. Vladimiro Montesinos Torres por los presuntos delitos de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado Peruano».

De acuerdo con la ley peruana (Ley 17537), la defensa judicial del Estado la ejercen los procuradores públicos, funcionarios asignados a cada sector estatal, quienes presentan las demandas o denuncias en representación del Estado cuando este ha sido agraviado, o ejercen la defensa de sus intereses en aquellos procesos en los que el Estado es emplazado a juicio.

La mencionada ley permite que, en circunstancias especiales, se pueda designar un procurador ad hoc o procurador especial, a quien, sin ser funcionario público, se le puede contratar para que ejerza la defensa del Estado en casos específicos. Igualmente, se pueden designar adjuntos que coadyuven su función.

Como ya se ha señalado, al ser informado por el Gobierno suizo de la existencia de las cuentas de Montesinos en ese país, el Gobierno peruano, presionado por las circunstancias, procedió a designar un procurador ad hoc y dos adjuntos (los doctores Luis Vargas Valdivia y César Azabache, a quienes se uniría luego un tercer adjunto, el doctor Ronald Gamarra). De conformidad con lo establecido por el artículo 1 del Decreto Supremo 013-2000-JUS, estos procuradores teníamos a nuestro cargo la preparación, sustentación, documentación, recopilación de pruebas y demás acciones que fueran necesarias para el ejercicio de las acciones legales pertinentes y el patrocinio de los procesos judiciales y demás necesarios en representación del Estado, tanto en el país como en el extranjero, así como la recuperación de los fondos comprometidos en los supuestos ilícitos cometidos por Montesinos.

Con el avance de las investigaciones, se hizo evidente que Vladimiro Montesinos no había actuado solo, sino que contaba con una vasta red de cómplices, que constituía una verdadera organización criminal.

El primer reto planteado desde el origen de la Procuraduría fue la fuente de su creación; pues, por razones externas a la voluntad del Gobierno fujimorista que se

vio forzado por las circunstancias, había sido creada por el régimen controlado por la misma organización criminal que debía investigar.

Consciente de esta debilidad en su origen, los procuradores optamos por iniciar las acciones con total independencia y ante la opinión pública, para lo cual establecimos una relación intensa con los medios de comunicación serios y no controlados por la organización criminal.[2]

Conforme avanzaron las investigaciones de los primeros días, ante la aparición de evidencia que apuntaba a la responsabilidad del propio presidente de la República, el 13 de noviembre de 2000, diez días después de haber sido nombrados, los procuradores presentamos un pedido a la Fiscalía de la Nación para que Fujimori fuera investigado por presuntas actividades vinculadas al narcotráfico.[3] Horas después, pretextando asistir a una cumbre de presidentes en Asia, Fujimori huyó del país, se refugió en Japón y renunció a la presidencia de la República vía fax.

Con el total apoyo del nuevo Gobierno de Transición,[4] la Procuraduría pasó a convertirse en una institución, pues conforme avanzaban las investigaciones se hizo evidente que la dimensión de la corrupción era de tal envergadura que resultaba una tarea imposible de realizar por un procurador y dos adjuntos.

Por esta razón, se adoptó una decisión estratégica: pasar de un equipo de tres procuradores a crear la institución de la Procuraduría Ad Hoc. Gracias al presu-

---

2 A las pocas horas de su designación, el procurador llamó a una conferencia de prensa para desmentir públicamente al presidente, quien horas antes había declarado falsamente que Montesinos contaba con orden de captura. A raíz del desmentido, Fujimori convocó al ministro de Justicia y le exigió la renuncia del procurador «porque no iba a tolerar que un simple procurador lo desmintiera públicamente». El ministro se negó a aceptar el pedido y puso su cargo a disposición, ante lo cual el presidente optó por desistirse de su pedido.

3 El hermano del difunto narcotraficante colombiano Pablo Escobar Gaviria, Roberto Escobar, alias Osito, declaró en esos días que era testigo de que su hermano había financiado la campaña electoral de Fujimori con US$ 1.000.000 (un millón de dólares), aporte que Fujimori habría agradecido personalmente.

4 Ante la huida de Fujimori, renunciaron los vicepresidentes, el presidente del Congreso, así como los demás fujimoristas que le seguían en línea de sucesión, lo que facilitó designar como nuevo presidente del Congreso al parlamentario de la oposición Valentín Paniagua Corazao —un demócrata cabal— y en consecuencia, de acuerdo con la fórmula constitucional establecida para casos de vacancia de la presidencia, este asumió la presidencia del Gobierno de Transición.

puesto habilitado por el nuevo Gobierno, fue posible desarrollar una estructura institucional basada en un equipo de, aproximadamente, treinta personas (veinte abogados, siete asistentes profesionales y tres asistentes administrativos).

Se instaló una línea de denuncias 1-800 y una dirección de correo electrónico para recibir información, asimismo se crearon tres equipos de trabajo al mando de cada uno de los procuradores.

Un equipo se hizo cargo de las investigaciones relativas a graves violaciones de los derechos humanos y desarrolló las pesquisas vinculadas a los casos paradigmáticos en esta materia: las matanzas de Barrios Altos, de La Cantuta, de los campesinos del Valle del Santa, el asesinato de Mariela Barreto, las torturas a Leonor La Rosa, las ejecuciones de los terroristas rendidos en la toma de la Embajada de Japón y demás crímenes imputados al denominado «Grupo Colina».[5]

Otro equipo se encargó de las investigaciones sobre corrupción judicial y política, las que involucraron a un gran número de funcionarios judiciales y fiscales, así como a personajes vinculados a la política (congresistas, dirigentes políticos, alcaldes, etcétera).

Un tercer equipo asumió el impulso de las demás investigaciones, lo que incluyó la corrupción militar, el ámbito privado y los delitos financieros.

Finalmente, se creó una pequeña unidad de investigación financiera que tuvo como principal objetivo identificar, seguir, congelar y repatriar los cientos de millones de dólares que robó la organización criminal. Gracias a esta unidad, ha sido posible recuperar más de US$ 250.000.000 (doscientos cincuenta millones de dólares) en depósitos en países como Suiza y Estados Unidos, para lo cual fue necesario activar diversos mecanismos de cooperación internacional.

---

5 Este comando de aniquilamiento fue organizado sobre la base de un puñado de miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército. Las investigaciones han acreditado que dicho grupo es el responsable del asesinato de un grupo de ciudadanos —entre ellos un niño— en el distrito de Barrios Altos, del asesinato de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta, del asesinato de campesinos del Valle del Santa, así como del descuartizamiento de una de sus integrantes y la tortura de otra.

**Cuadro 1**
**Organización de la Procuraduría**




**Fuente:** elaboración propia.

## 2. LOS INSTRUMENTOS LEGALES NECESARIOS PARA ENFRENTAR EL CRIMEN ORGANIZADO

Hecho público el video Kouri-Montesinos y a raíz de la dura confrontación entre las fuerzas políticas desatada por los afanes del Gobierno de Fujimori para forzar una tercera reelección, a lo que se sumó el escándalo de la operación clandestina de los fusiles jordanos entregados a las FARC, la situación de Fujimori se tornó insostenible, por lo que se vio obligado a anunciar que adelantaría la convocatoria a elecciones para el año siguiente. Esta grave crisis de gobernabilidad obligó a las fuerzas políticas a crear, promovida por la Organización de Estados Americanos (OEA), la denominada Mesa de Diálogo,[6] instancia en la que estaban representa-

6 El objeto de la Mesa de Diálogo era facilitar la adopción de acuerdos básicos que hicieran posible la transición a las nuevas elecciones convocadas para el 8 de abril de 2001, lo que incluía la capacidad de iniciativa legislativa; por lo que, de facto, prácticamente había reemplazado al Congreso de la República, cuyo prestigio, que nunca fue muy alto, había descendido a niveles de rechazo sin precedentes, relegándolo a un papel de mero aprobador formal que dotaba de carácter vinculante a los acuerdos tomados en la mencionada institución.

das todas las fuerzas políticas, incluido el Gobierno, así como delegados de diversas instituciones de relevancia nacional.

Mientras los políticos discutían las posibilidades de ponerse de acuerdo sobre el futuro del país, la Procuraduría se enfrentaba a una realidad frustrante. Luego de las primeras semanas de trabajo, era evidente que el sistema penal peruano no estaba preparado para lidiar con la moderna criminalidad organizada. En efecto, el Código de Procedimientos Penales vigente a esa fecha, databa de 1941 y preveía un proceso inquisitivo, escriturado, obsoleto y ritualista que había sido diseñado para combatir la criminalidad tradicional, pero que no proveía de instrumentos eficaces para enfrentar redes delincuenciales modernas con gran poder político, económico y tecnológico.

En ese sentido, buena parte de los esfuerzos de la defensa del Estado chocaban con una barrera legal vetusta que impedía que se lograran los resultados que el país esperaba.

Muchos de los investigados, tan pronto tomaban conocimiento de que eran investigados, optaban por fugar sin que nadie pudiera evitarlo. En el Perú, como en la mayoría de países civilizados del mundo, dada la gravedad de sus consecuencias, solo la autoridad judicial puede dictar medidas cautelares (orden de captura, impedimento de salida del país, allanamientos, incautación de pruebas o bienes, etcétera).[7] Sin embargo, por razones que derivan de una normatividad obsoleta, para que ello ocurriera en la época en que se iniciaron las investigaciones anticorrupción, el juez necesariamente tenía que abrir un proceso judicial por un caso concreto, lo que en rigor implicaba algunas semanas, cuando no meses, de investigación preliminar a cargo de la Policía y la Fiscalía a fin de acopiar la evidencia que permitiera al magistrado contar con los elementos que le exigía la ley para dar inicio al proceso. Mientras se hacían las indagaciones preliminares y se encontraban las pruebas, los responsables de los delitos sabían que no les podía pasar nada, pues el caso aún no estaba en manos del juez. Sin embargo, si comprobaban que la investigación policial había salido en su contra y que el fiscal los iba a denunciar —o incluso que ya lo había hecho—, esperaban los días previos a la apertura del proceso para huir o pasar a la clandestinidad.

---

7 El artículo 2 de la Constitución Política señala que solo se puede detener a una persona en flagrante delito o por orden judicial.

En suma, tenían mucho tiempo para manipular pruebas, esconder evidencia o huir, precisamente lo que las medidas cautelares tratan de evitar. Eso explica por qué, durante las primeras semanas, escaparon en desbandada muchos de los integrantes de la red criminal de Montesinos y Fujimori sin que nadie pudiera hacer nada, pues no se les podía detener o impedir legalmente la salida del país en tanto no fueran inculpados judicialmente.

Este problema empezó a causar mucha ansiedad en la Procuraduría, pues la opinión pública y la prensa presionaban y pedían resultados, y no entendían cómo era posible que se fugaran personas a quienes se estaba investigando y que estaban además notoriamente involucrados en graves actos de corrupción.

Era necesario y prioritario resolver el tema de las medidas cautelares, el cual se acrecentaba si se trataba de altos funcionarios del Estado, que gozaban de derecho a antejuicio[8] al haber incurrido en delitos de función. En esos casos ocurría que mientras durara el antejuicio (proceso ante el Congreso para que este decida si habilita al Ministerio Público y al Poder Judicial a investigar y procesar al alto funcionario sospechoso de haber cometido un delito), que de por sí es un trámite congresal lento y engorroso, no podía adoptarse ninguna medida cautelar, lo que duplicaba los problemas ya existentes para investigados sin este privilegio.

Por otro lado, tratándose de criminalidad organizada desde el poder, la experiencia mundial había demostrado que la mejor forma de combatirla, dadas sus estructuras internas y mecanismos de subordinación, era creando reglas que alentaran la disidencia y la delación por parte de los propios miembros de la organización, en particular en los niveles secundarios e inferiores. Necesitábamos una ley, que al mejor estilo anglosajón, permitiera negociar con algunos imputados que no fueran cabecillas de la organización; beneficios penales a cambio de información.

Igualmente, dada la capacidad que tienen las redes criminales de intimidar y desarrollar actos de retaliación contra quienes conocen de sus crímenes y están dispuestos a atestiguar ante la justicia, era indispensable crear un sistema de protec-

8 El artículo 100 de nuestra Constitución Política señala lo siguiente: «Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad».

ción de testigos que les permitiera, entre otras medidas, aportar su versión de los hechos sin temor a sufrir consecuencias negativas por ello, para lo cual había que protegerlos admitiendo la posibilidad de que su declaración tuviera valor probatorio aun cuando se mantuviera en reserva su identidad.

Otro asunto espinoso era que al ser la Fiscalía y el Poder Judicial dos de las instituciones más impactadas por la corrupción de la red de Montesinos, resultaba difícil confiar en jueces y fiscales designados por medio del sistema informático, supuestamente aleatorio, de asignación de causas; por lo que, por lo menos a nivel del Ministerio Público, había que pensar en la creación de un sistema de fiscales anticorrupción con competencia a nivel nacional.

Definidas estas prioridades, que por cierto no eran todas las reformas necesarias para contar con un sistema anticorrupción afinado y moderno,[9] la Procuraduría decidió preparar los proyectos de normas urgentes que resolvieran esta problemática.

Fue así como, en corto plazo, se prepararon cuatro proyectos de ley para resolver cada una de estas conflictivas prioridades. Con el Congreso bastante venido a menos (incluidas las escandalosas situaciones de los congresistas tránsfugas), evitar el tortuoso y lento camino que recorre un proyecto de ley hasta que llega al pleno para su aprobación, así como evitar que se introdujeran modificaciones antitécnicas que terminaran desnaturalizando la coherencia y el sentido de los proyectos, era prácticamente imposible. A ello había que agregar que la cargada agenda política, a pesar de que el caso Montesinos cubría una buena parte del espectro noticioso, hacía poco probable que le fueran a dar a nuestros proyectos la prioridad que requerían.

Evaluadas estas circunstancias, presentar los proyectos a la Mesa de Diálogo era la mejor opción dado que esta tenía iniciativa legislativa, lo que traía como ventaja que sus propuestas pasaban al Congreso solo para el trámite formal de aprobación.

---

9 Por ejemplo, en materia de derecho penal, era claro que había que mejorar los «tipos penales» o normas que describen los delitos, para evitar que se generen lagunas de impunidad (entre ellos, los referidos a la responsabilidad penal del no funcionario público en el delito de peculado, o la del beneficiario del tráfico de influencias, así como el establecimiento de un sistema de penas más coherente y proporcional). Sin embargo, estas modificaciones, necesarias para el futuro, no eran prioritarias; pues la ley penal, a diferencia de la procesal, no se puede aplicar retroactivamente.

De esta forma, se inició una ronda con los representantes de los diversos partidos para convencerlos de las bondades de los proyectos y la urgencia de su aprobación. Finalmente, se consiguió el consenso necesario y presentamos formalmente los proyectos a la Mesa de Diálogo para su aprobación y remisión al Congreso de la República. Sin embargo, a los pocos días de su presentación, Fujimori huyó del país y renunció a la presidencia, con lo cual la prioridad de la Mesa de Diálogo era otra: ponerse de acuerdo en quién asumiría la conducción del país.

Entronizado el doctor Paniagua como nuevo presidente y designado el doctor Diego García Sayán ministro de Justicia del Gobierno de Transición, los procuradores presentamos nuestras respectivas cartas de renuncia.

A los pocos días, el nuevo ministro de Justicia me comunicó que era un objetivo del nuevo Gobierno no solo mantener sino priorizar el proceso anticorrupción contra Montesinos, por lo que quería seguir contando con el equipo que hasta ese momento se había hecho cargo de la Procuraduría. Acordada la continuidad, se planteó la necesidad de ampliar las facultades de la Procuraduría Ad Hoc para incluir expresamente en su marco de actuación la investigación de los delitos que hubiera cometido el expresidente Fujimori y su entorno más cercano. Es así como rápidamente se promulgó la Resolución Suprema 133-2001-JUS del 24 de marzo de 2001, en virtud de la cual se ampliaron las facultades de la Procuraduría Especial para comprender en las investigaciones los delitos cometidos por el expresidente Fujimori en contra de la administración pública y los demás que se establezcan.

Consciente de la importancia de los proyectos presentados a la Mesa de Diálogo y dado que el escenario político había cambiado radicalmente con la llegada del nuevo Gobierno, el ministro rescató los proyectos y los derivó al Congreso de la República con pedido de trámite de urgencia. Hablé personalmente con el presidente de la Comisión de Justicia[10] para explicarle la importancia de su aprobación, y logré que este, en tiempo récord, nos citara en su Comisión para fundamentar los proyectos.

Explicada la necesidad y urgencia de las normas, fueron finalmente aprobadas y promulgadas el 20 de diciembre de 2000 y 12 de enero de 2001, y publicadas al día siguiente.

---

10 El congresista Daniel Estrada.

**Cuadro 2**
**Leyes promulgadas a partir de los proyectos de la Procuraduría**

| Rango | Número | Descarga de la Ley | Descarga del Expediente | Fecha de dación | Fecha de promulgación | Fecha de publicación | Denominación | Estado |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Ley | 27378 | | | 20/12/2000 | 20/12/2000 | 21/12/2000 | Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada | |
| Ley | 27379 | | | 20/12/2000 | 20/12/2000 | 21/12/2000 | Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares | |
| Ley | 27380 | | | 20/12/2000 | 20/12/2000 | 21/12/2000 | Ley que faculta al fiscal de la nación a designar equipo de fiscales para casos complejos y fiscales para determinados delitos | |
| Ley | 27399 | | | 12/01/2001 | 12/01/2001 | 13/01/2001 | Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley 27379 tratándose de los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución | |

**Fuente:** elaboración propia.

A partir de ese momento, se contaba no solo con una renovada y fundamental voluntad política del nuevo Gobierno democrático, sino también con cuatro flamantes leyes que se convertirían en eficaces instrumentos en el frente judicial de la lucha contra la corrupción del decenio anterior.

*Ley 27379: Medidas coercitivas excepcionales*

Esta norma estableció el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, gracias a lo cual fue posible la adopción de medidas cautelares preliminares fuera de proceso que permitieran asegurar la presencia de los investigados y preservar el escenario probatorio. Con este nuevo procedimiento, a pedido de la Procuraduría o de oficio, el Ministerio Público podía solicitar al juez de turno la adopción de estas medidas, las que eran controladas judicialmente y tenían carácter provisional, pues al término de un plazo perentorio debían convertirse en definitivas o descartarse.

Entre las medidas autorizadas por esta ley, destaca la de detención hasta por quince días, el arresto domiciliario hasta por treinta días, el impedimento de salida del país hasta por treinta días, así como embargos e incautaciones.

En virtud de esta ley, fue posible capturar en corto tiempo a, aproximadamente, ciento veinte integrantes clave de la organización delictiva; entre ellos, sus tres dirigentes máximos: Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás Hermosa Ríos y Alberto Fujimori Fujimori.[11]

*Ley 27380: Sistema de fiscales anticorrupción*

A fin de desarrollar investigaciones más coordinadas y con criterio de especialidad, esta norma establece un mecanismo para designar fiscales provinciales que se avoquen al conocimiento de casos particularmente complejos, coordinados por un fiscal superior.

---

11 Fujimori fue capturado en Chile en octubre de 2005 al intentar aproximarse al Perú después de permanecer refugiado en Japón durante cinco años. Luego de formalizado el pedido de extradición, el 21 de septiembre de 2007, la Corte Suprema de la República de Chile decidió extraditar a Alberto Fujimori al Perú.

Debido a que el sistema de administración de justicia estaba fuertemente impactado por la corrupción, no era razonable pensar que los órganos regulares de la justicia, en general subordinados a los mecanismos controlados por Montesinos, iban a investigar con imparcialidad los delitos cometidos por la organización criminal liderada por este. Por tal motivo, a iniciativa de la Procuraduría, se hicieron las gestiones necesarias ante la nueva fiscal de la nación para la creación de un grupo de fiscales anticorrupción, y se escogió para ello a los más idóneos y no contaminados por la maquinaria corrupta de Montesinos. Es así como esta ley creó el sistema de fiscales anticorrupción, integrado por cuatro fiscales provinciales penales y liderado por un fiscal superior coordinador. Posteriormente, el Poder Judicial replicó el modelo del Ministerio Público y se creó el subsistema de jueces anticorrupción, integrado por cuatro jueces y una Sala Superior que se dedicó exclusivamente a atender los más de doscientos ochenta procesos judiciales e investigaciones activadas contra la organización de Fujimori y Montesinos. Optar por un sistema anticorrupción concentrado fue un acierto, pues permitió contar con jueces y fiscales honestos, jóvenes, motivados y técnicamente capaces para enfrentar con eficiencia el reto que imponía investigar y sancionar a tamaña organización.

*Ley 27378: Beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada*

Esta ley estableció beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. Los delitos de corrupción cometidos por medio de una organización criminal son difíciles de acreditar debido al carácter cerrado de estas organizaciones. A raíz de la experiencia italiana en la lucha contra la mafia (caracterizada por su observancia de la llamada Ley de la *omertá* o Ley del Silencio), se ha podido determinar que el aliento al disenso y a la delación genera una valiosa fuente de información que permite conocer los delitos y a la organización, descubrir hechos desconocidos, ahorrar considerable tiempo en la actividad probatoria, identificar los activos procedentes del delito y proceder a su recuperación.

Sin embargo, en países sin tradición anglosajona, este tipo de «justicia negociada o premial» puede generar resistencia, pues se cuestiona desde un punto de vista moral una negociación con quien ha cometido un delito. Desde una aproximación pragmática, pero también ética, es obvio que renunciar a mecanismos de negociación con disidentes de organizaciones criminales cerradas implicaría no tener acceso a información que permita conocer delitos ocultos, acceder a pruebas claves, recuperar activos y, en suma, identificar y sancionar a los responsables.

La norma en cuestión posibilitó otorgar beneficios de exención y reducción de pena para aquellos que estando incursos en delitos perpetrados por una pluralidad de personas u organizaciones criminales —con excepción de los cabecillas— colaboran proporcionando información útil, veraz y oportuna.

Para tales efectos, se estableció un procedimiento que incluye el acuerdo con el representante del Ministerio Público, la verificación de la información proporcionada y, finalmente, la aprobación judicial del acuerdo.

Igualmente, prevé un sistema de protección para quienes desean brindar información, sean imputados o testigos.

*Ley 27399: Investigación preliminar y medidas coercitivas excepcionales para altos funcionarios del Estado*

Establece una investigación preliminar previa al antejuicio, con adopción de medidas cautelares antes y durante este (salvo detención y arresto domiciliario), para aquellos altos funcionarios del Estado incursos en delitos de función.

Aprobado el paquete de leyes, la realidad diría si funcionarían, lo que no era un reto fácil, pues como se trataba de instrumentos tan novedosos, y en algunos casos complejos, seguramente encontrarían resistencia en algunos operadores jurídicos que no están acostumbrados a una justicia negociada como es frecuente en otros sistemas jurídicos.

Promulgada la ley del sistema anticorrupción del Ministerio Público, la Fiscalía designó a tres fiscales provinciales penales de Lima como fiscales provinciales especializados a dedicación exclusiva y a seis fiscales provinciales adjuntos de apoyo a las Fiscalías Provinciales Autorizadas para que asuman las diversas investigaciones que venían actuándose contra Montesinos y Fujimori (entre ellos mantuvo a la doctora Cecilia Magallanes, la responsable de haber promovido la primera denuncia contra Montesinos y, quien antes de fallecer víctima de una penosa enfermedad, mereciera el premio a la integridad otorgado por Transparencia Internacional por su destacada labor en la lucha contra la corrupción),[12] y nombró

12 Los fiscales originalmente designados para esta tarea como fiscales provinciales especializados fueron los doctores Ana Cecilia Magallanes Cortés, como fiscal provincial especializada de los

fiscal superior coordinador al doctor Víctor Cubas Villanueva, el artífice de la investigación por los asesinatos de La Cantuta.

## 3. ALIANZAS ESTRATÉGICAS

El Perú cuenta con un destacado grupo de periodistas de investigación, quienes a lo largo de los años del Gobierno de Fujimori habían estado documentando los diversos crímenes cometidos por el régimen y sus integrantes más destacados, incluidos Vladimiro Montesinos, el Grupo Colina y altos oficiales de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, debido al control ejercido por esta organización criminal en la mayoría de los medios de comunicación, así como a la manipulación del sistema de administración de justicia, todas estas denuncias fueron silenciadas o neutralizadas por medio de pseudoinvestigaciones policiales o fiscales, obviamente amañadas.

No obstante, el material informativo estaba disponible, lo que permitió a la Procuraduría acopiarlo, analizarlo y, cuando fue posible, convertirlo en material indiciario para sustentar sus pedidos de investigación. Esta estrategia dio muy buenos resultados debido a que la mayoría de las investigaciones periodísticas contenían datos duros, los que, en el contexto de una investigación penal, se convertían en prueba al ser corroborados en diligencias oficiales. En otros casos, los periodistas

---

delitos comprendidos en el Libro Segundo Título XVIII y demás conexos del Código Penal; Flor de María Alba López, fiscal provincial especializada de los delitos comprendidos en el Libro Segundo, Título I, XIV, XIVA y demás conexos del Código Penal; y Alejandro Espino Méndez, fiscal provincial especializado en delitos comprendidos en el Libro Segundo, Título XII y demás conexos del Código Penal. Asimismo, se nombraron fiscales provinciales adjuntos de apoyo a las fiscalías provinciales especializadas a los doctores Ana María Javier Venegas y César Núñez Torrejón, al despacho de la doctora Ana Cecilia Magallanes Cortez; a las doctoras María Ana Ley Tokumori y Felícita Janeth Romero Córdova, al despacho de la doctora Flor de María Alba López; y a las doctoras Carmen Begazo Andrade y Rocío Marilú Rojas Trigoso, al despacho del doctor Alejandro Espino Méndez.

de investigación se convirtieron en una muy importante fuente de información para el diseño de las investigaciones y acopio de pruebas.

Tratándose de una organización que se dedicó a robar y a practicar la corrupción en el Perú, parte importante de sus esfuerzos estuvieron destinados a poner el dinero obtenido ilícitamente a buen recaudo en el extranjero. Por tal motivo, fue indispensable recurrir a autoridades foráneas a fin de solicitar su cooperación para poder identificar, congelar y repatriar esos fondos. Igualmente, se necesitaban diversos actos de colaboración internacional en materia de acopio de evidencia o para capturar y extraditar a los prófugos de la justicia peruana que habían optado por huir a otros países.

Desde el inicio, la Procuraduría estableció contacto directo con las autoridades extranjeras cuya colaboración era necesaria para la justicia peruana, lo que resultó ser un acierto; pues, más allá de los requerimientos formales tramitados documentalmente, el contacto personal con las autoridades foráneas fue determinante para obtener buenos resultados en tiempo adecuado y resolver las múltiples dificultades que suelen presentarse en estos casos.[13] El conocimiento personal contribuye a desarrollar la base de confianza necesaria para un trabajo coordinado y eficaz.

Por otro lado, la complejidad de las investigaciones y la multiplicidad de los delitos cometidos, exigían el concurso de técnicos en materias especializadas como la bancaria y tributaria. Por tal motivo, la Procuraduría promovió la creación de una instancia de cooperación interinstitucional por medio de la cual la Superintendencia de Banca y Seguros, la Administración Tributaria, la Contraloría General, entre otros, prestarían el concurso de sus técnicos para apoyar las investigaciones conjuntas de la Fiscalía y la Procuraduría. Sin embargo, por razones vinculadas a protagonismos y celos institucionales, administración de cuotas de poder y mentalidad burocrática, esta iniciativa se truncó, por lo que cada institución terminó requiriendo su propio grupo de técnicos, lo que duplicó esfuerzos y dispersó lo que pudo haber sido una acción conjunta mucho más efectiva.

---

13 La Procuraduría trabajó estrechamente con la magistrada suiza a cargo de la investigación de las cuentas de Montesinos, con fiscales norteamericanos, colombianos y mexicanos, con investigadores del FBI, funcionarios de las Unidades de Inteligencia Financiera de Gran Caymán, Estados Unidos, etcétera.

## 4. RESULTADOS EMBLEMÁTICOS

Después de los primeros catorce meses de investigaciones, el Perú congeló US$ 216.000.000 (doscientos dieciséis millones de dólares) de la organización criminal en diferentes países, se recuperaron US$ 65.000.000 (sesenta y cinco millones de dólares) en efectivo, US$ 30.000.000 (treinta millones de dólares) en activos y se abrieron más de doscientas investigaciones contra más de mil doscientas cincuenta personas, de las cuales ciento veinte fueron a prisión, entre ellos catorce generales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, cuatro *broadcasters*, cuatro ministros, tres congresistas, un magistrado de la Corte Suprema, un fiscal de la nación y dos magistrados electorales.

Ocho años después de iniciado el complejo proceso anticorrupción peruano, el 20 de julio de 2009,[14] se produjo un hecho sin precedentes en materia de lucha contra la corrupción política. Alberto Fujimori Fujimori, expresidente del Perú en el período 1990-2001, fue condenado por un tribunal peruano a la pena de siete años y seis meses de prisión en su condición de autor del delito de peculado doloso por apropiación y falsedad ideológica (caso 15 Millones de Dólares), a la vez que se le impuso pagos compensatorios e indemnizatorios ascendentes a la suma de, aproximadamente, S/. 3.000.000 (tres millones de nuevos soles).

Asimismo, el 30 de septiembre de 2009, el Tribunal Nacional condenó a Alberto Fujimori Fujimori a la pena de seis años de prisión en su condición de autor del

14 El 7 de abril de 2009 ya se le había condenado al expresidente Alberto Fujimori Fujimori a la pena de veinticinco años de prisión en su condición de autor mediato de los delitos de homicidio calificado (asesinato por alevosía), lesiones graves y secuestro agravado. Adicionalmente, la Corte le impuso pagos compensatorios e indemnizatorios ascendentes a la suma de, aproximadamente, US$ 70.000 (setenta mil dólares), e hizo constar en el fallo que, los veintinueve agraviados de los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta no estaban vinculados a las acciones de Sendero Luminoso ni integraban dicha organización terrorista.
Esta sentencia fue confirmada por unanimidad en todos sus extremos por la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema mediante sentencia expedida el 30 de diciembre de 2009, salvo en lo que atañe al delito de secuestro agravado, en el que uno de los cinco magistrados opinó que se trataría de secuestro simple y no agravado, pues no habría concurrido el elemento de crueldad que exige la ley.

delito de peculado doloso y cohecho activo genérico[15] (casos Medios de Comunicación e Interceptación Telefónica y Congresistas Tránsfugas). Adicionalmente, la Corte le impuso pagos compensatorios e indemnizatorios ascendentes a la suma de, aproximadamente, S/. 27.000.000 (veintisiete millones de nuevos soles).

Si bien el Perú tuvo que pasar por la vergüenza de ser señalado como uno de los países símbolo de la corrupción sistémica, hoy somos testigos de cómo a nivel internacional se estudia el denominado «Caso Peruano» como un proceso exitoso en el que un Estado saqueado y postrado por sus máximos dirigentes pudo revertir la situación investigando, procesando y sancionando a los responsables del pillaje. Obviamente, esto no es mérito exclusivo de la Procuraduría. Sin el grupo de decenas de jueces, fiscales, funcionarios y policías valientes y entregados que asumieron el reto de poner término a la impunidad, nada de lo logrado hubiera sido posible. Sin embargo, este caso sirve también para demostrar que una defensa de los intereses del Estado que se articula con criterios de profesionalismo, independencia y recursos suficientes es un aporte vital a la lucha contra la corrupción.

15 Es preciso señalar que la Corte Suprema de Justicia de la República también condenó, en lo referente al caso Medios de Comunicación e Interceptación al Secreto a las Comunicaciones, a Alberto Fujimori por el delito de violación del secreto de las comunicaciones.

# Cuarta parte
# Otros Estudios críticos sobre la prevención y control de la corrupción pública

# La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal

**Renata Bregaglio Lazarte**

## 1. INTRODUCCIÓN

Podemos definir la corrupción como el mal uso del poder público con el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos. Pese a la simpleza de esta definición, las implicancias de abordar esta problemática desde el punto de vista jurídico plantea numeroso retos, dada la complejidad y diversidad de formas de comisión de este delito.[1] Las prácticas de corrupción van desde aquellas casi imperceptibles que se cometen en ámbitos privados de la vida cotidiana hasta grandes operaciones de repercusión internacional. Ello genera que el derecho penal de los Estados frecuentemente resulte insuficiente para la represión de estas conductas, lo cual hace necesario establecer consensos, mínimos de actuación y acuerdos de cooperación.

En razón de ello, el 31 de diciembre de 2003, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, Convención de Naciones Unidas). A la fecha, dicha convención cuenta con

1 Es en razón de esa compleja y cambiante realidad que los Estados que redactaron la Convención decidieron no establecer una definición de corrupción. Ello responde a la conveniencia de no tener un concepto de corrupción y tener una suerte de lineamientos y pautas que permitan plantear un concepto amplio de esta, que establecer una definición muy cerrada que luego pueda dejar fuera algún tipo de comportamiento que pueda considerarse, con el paso de tiempo, un acto de corrupción. Informe de la Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta encargado de preparar un proyecto de mandato para la negociación de un instrumento jurídico internacional contra la corrupción, 8 de agosto de 2001, parágrafo 17. Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/expertmtg_corruption/2s.pdf>.

163 Estados partes, entre los que se encuentra el Estado peruano, quien ratificó dicho instrumento el 16 de noviembre de 2004.

Ciertamente, este tratado no es el primer instrumento internacional que busca regular los mecanismos de prevención, lucha y sanción de la corrupción. A nivel regional, en 1996, se había adoptado la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, Convención Interamericana).[2] Asimismo, es posible identificar instrumentos no convencionales previos a la adopción de estas convenciones.[3] No obstante, los estándares fijados en estos instrumentos han sido ampliamente superados por la Convención de las Naciones Unidas, al punto que es posible afirmar que hoy por hoy es el instrumento internacional más completo y la referencia principal en materia de corrupción.

La Convención de Naciones Unidas tiene por finalidad promover y facilitar el desarrollo de mecanismos para prevenir y combatir la corrupción. Para ello plantea una serie de medidas de naturaleza preventiva (adopción de normas de conducta para funcionarios, sistemas de transparencia y rendición de cuentas), medidas sancionadoras (deber de tipificación) y medidas de índole procesal (amplia-

---

2 Dicha Convención entró en vigor el 6 de marzo de 1997, y fue ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997.

3 Entre estos instrumentos no convencionales, también denominados de *soft law*, se puede mencionar la Declaración sobre la cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo (1990), el Código internacional de conducta para los funcionarios o titulares de cargos públicos (1997), la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno de las transacciones comerciales internacionales (1996), y la Declaración de Quito sobre desarrollo social y democracia frente a la incidencia de la corrupción (2004). Cabe señalar que al ser estos instrumentos declaraciones aprobadas en conferencias internacionales no son técnicamente vinculantes para el Estado peruano. Sin duda, los Estados que los han debatido y los han adoptado han puesto su firma en esos documentos, pero incluso aunque el Perú hubiese participado en estos debates y los hubiese firmado, de ninguna manera, desde una perspectiva netamente jurídica, podríamos alegar la obligación del Estado peruano de cumplir esas declaraciones y, menos aún, la generación de responsabilidad internacional por el incumplimiento de esos instrumentos. No obstante, los llamados instrumentos de *soft law* tienen algún valor. En primer lugar, pueden servir como criterios de interpretación. Por ejemplo, en el caso de la declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales se definen los elementos del soborno; por lo tanto, antes de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, la declaración sobre corrupción y soborno fue el referente obligatorio para dotar de contenido a ese delito. Por otro lado, generalmente las declaraciones suelen ser una suerte de antesala a lo que va a venir más adelante, esto es, la adopción del tratado. De esta manera, antes de que se celebre un tratado de las

ción del plazo prescriptorio, criterios para determinar la inhabilitación del funcionario, entre otros).

Desde una primera mirada, parecería que estas medidas deberían ser implementadas, según la materia y competencias, por el Poder Ejecutivo y Legislativo, ello en atención a que muchas de las medidas están orientadas al establecimiento de directivas o a la incorporación de conductas al Código Penal. No obstante, en este artículo se postulará cómo, dada la naturaleza autoejecutiva de varias de las normas de la Convención de Naciones Unidas, estas pueden ser directamente aplicadas (implementadas) por el operador judicial, de manera que se dé pleno sentido a la obligación de cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales que emana de todo tratado voluntariamente asumido por un Estado.

En ese sentido, en el presente artículo se hará una breve presentación del camino que atraviesa la Convención de Naciones Unidas desde su ratificación hasta su incorporación en el derecho peruano. A continuación, con dichos conceptos claros, se analizará cómo aquellas normas, en tanto normas incorporadas al ordenamiento interno, debieran ser directamente aplicadas en el marco del proceso por la presunta comisión de un delito de corrupción.

---

Naciones Unidas se habrá adoptado previamente una declaración, y esto no porque exista una norma que regule este procedimiento, sino porque esa es la práctica en el derecho internacional. Un ejemplo de ello es el de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, que tuvo como antecedente la declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales. Asimismo, un argumento más jurídico y menos práctico es el hecho de que, a pesar de que no estemos frente a un tratado, podemos decir que estas declaraciones son, al igual que los tratados, acuerdos entre Estados. Es por este motivo que el derecho internacional los denomina «actos concertados no convencionales». Son concertados porque primero se debate el texto del cuerpo que se está aprobando y luego el Estado decide si plasma su firma. Lo que pasa es que no son convencionales porque no generan obligaciones jurídicas similares a las de un tratado. No obstante, en el derecho internacional existe el principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones *(pacta sunt servanda)*, en virtud del cual el Estado debería hacer sus mejores esfuerzos para poder llevar a cabo lo que los instrumentos internacionales establecen. Es así que dicho principio nos permite señalar que al momento que un Estado firma un instrumento de *soft law*, aunque sepa desde antes que estas declaraciones no van a ser un tratado y no van a generar efectos vinculantes, se generan una serie de compromisos internacionales. No obstante, en el caso del Perú, este dilema está zanjado, toda vez que aun cuando se dijera que el Estado no está vinculado por lo señalado en los instrumentos de *soft law*, el Estado peruano es parte de los dos tratados en materia de corrupción, tanto en la Convención Interamericana contra la corrupción, que se encuentra en vigor para nuestro país desde 1997, como la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, que entró en vigor para el Estado peruano en el 2004.

## 2. LA INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS AL ORDENAMIENTO INTERNO PERUANO

Al analizar la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, el primer elemento que debe considerarse es el sistema o mecanismo de ingreso de la norma internacional en el ordenamiento interno. Una vez determinado este, corresponderá determinar el rango o jerarquía con que dicha norma ingresa, para finalmente analizar la naturaleza de las obligaciones internacionales incorporadas al derecho interno.

### 2.1. La incorporación automática de la Convención de Naciones Unidas

La incorporación alude a la forma como las normas internacionales (los tratados) ingresan en el ordenamiento interno.[4] Sobre este punto, que debe ser regulado por el derecho interno, existen tres posibilidades sobre las cuales los Estados pueden optar al momento de legislar en el derecho interno:[5]

*a*) Que la incorporación se haga de manera directa, es decir, con la sola ratificación o adhesión del tratado por parte del Estado. Este sistema se denomina «sistema monista» o «de recepción automática». Así, la tesis monista es aquella según la cual «la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional».[6] En otras palabras, la tesis monista parte de la concepción unitaria del sistema internacional y del orden jurídico estatal, lo que implica que la norma de derecho internacional se incorpora en el derecho interno de manera inmediata.

---

4 Cf. Salmón, Elizabeth. «Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución». *Pensamiento Constitucional*, n.º 9, año IX, 2003, p. 151.

5 Para un mayor desarrollo, cf. Novak, Fabián y Elizabeth Salmón. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: IDEI / PUCP, 2002, pp. 105-110.

6 Sagues, Néstor Pedro. «Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno». En *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 88.

*b*) Que la incorporación se haga luego de que el Estado haya adoptado una norma de derecho interno que «incorpore» la norma internacional al ordenamiento nacional. Este acto de incorporación se denomina «transformación legislativa». Este sistema se denomina sistema dualista o de recepción formal. Así, la tesis dualista es aquella según la cual el derecho internacional no tiene validez directa en el derecho nacional en tanto este no lo haya interiorizado por medio de un mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico interno. La tesis dualista, por tanto, parte de una concepción contraria; esto es, que el sistema internacional y el orden jurídico interno son órdenes jurídicos distintos y separados, por lo que se necesita un mecanismo especial, adicional a la ratificación o adhesión al tratado para incorporar el derecho internacional al derecho interno, nacional o doméstico.

*c*) Que no exista regulación expresa, por lo que habrá que examinar la práctica administrativa o jurisprudencial para determinar si es o no necesario llevar a cabo un acto formal de transformación legislativa.[7]

El Perú es un país que ha optado por el sistema monista. Esto se desprende del artículo 55 de la Constitución Política, que señala: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

En el mismo sentido, la Ley 26647, que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos. Si bien la Ley 26647 establece en su artículo 4 que el texto de los tratados debe publicarse en el diario oficial, esta publicación de ninguna manera condiciona la entrada en vigencia del tratado. Es decir, no se puede asumir que el tratado no ha entrado en vigor para el Perú porque no se ha publicado en el diario oficial.[8]

---

7 Cf. Novak, Fabián y Luis García-Corrochano. *Derecho internacional público*. Tomo I: «Introducción y fuentes». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 326.

8 Cf. STC 00021-2010-AI. *Caso 30 Congresistas contra el Tratado de Libre Comercio Perú – China*, párrafo 22.

En razón de ello, al ser la Convención de Naciones Unidas un tratado ratificado por el Estado peruano y en vigor desde el 2004, las normas contenidas en él deben considerarse indubitablemente normas de derecho interno.

### 2.2. La jerarquía de la Convención de Naciones Unidas

Determinada la incorporación al derecho interno de las normas convencionales, un segundo aspecto que considerar al analizar las interacciones entre el derecho internacional y el derecho interno es la jerarquía que detentan estas normas en el ordenamiento peruano.

A diferencia de su antecesora, la Constitución Política de 1993 no contiene ninguna norma referida a la adjudicación de rango a los tratados.[9] Sobre esta ausencia de norma expresa, fueron dos las posibilidades que la doctrina planteó: el rango constitucional de los tratados y el rango legal de estos. La primera postura de la doctrina se encontraba fundamentada en dos argumentos principales. El primero, la existencia de un artículo 3 en la Constitución[10] que permitía la incorporación al bloque de constitucionalidad de nuevos derechos contenidos en tratados; el segundo, el carácter hermenéutico en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.[11] La segunda postura, que afirmaba el rango legal de los tratados, tenía su fundamento en el artículo 200-4 de la Constitución y se refería a la acción de inconstitucionalidad, que procede contra normas con rango de ley que contravengan la Norma Suprema. De acuerdo con dicho artículo, entre las normas con rango de ley que pueden impugnarse se encuentran los tratados.

Para zanjar esta controversia, en el 2006, el Tribunal Constitucional estableció el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos a partir de lo seña-

---

9 La Constitución Política de 1979 establecía en su artículo 101 el rango supralegal de los tratados.

10 Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

11 Cuarta Disposición Final y Transitoria: las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

lado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria. En la sentencia del caso *Ninaquispe*, el Tribunal Constitucional determinó que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional de tercer grado. Así pues, si bien cuentan con valor constitucional, se encuentran por debajo de la Constitución y las leyes de reforma constitucional.[12] De acuerdo con la argumentación del Tribunal, el resto de tratados tendrá rango legal.

Esta categorización, si bien otorga cierta claridad respecto al rango de las normas supranacionales, resulta imperfecta en atención a dos cuestiones. La primera, el Tribunal no define qué entiende por la expresión «tratado de derechos humanos»; la segunda, incluso aunque hubiera establecido tal definición, no puede dejarse de lado la consideración al principio de supremacía del derecho internacional.

En relación con el primer aspecto, es posible tomar como marco referencial lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 2, en el sentido que los tratados de derechos humanos son aquellos orientados «más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano». En este sentido, los tratados de derechos humanos serán aquellos que se refieran a la protección de los derechos humanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, o de cuál sea su objeto principal.[13]

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la Convención de Naciones Unidas contiene disposiciones que protegen derechos humanos. La corrupción, qué duda cabe, lesiona fundamentalmente el derecho a la igualdad de las personas, toda vez que estamos frente a un supuesto en donde una persona obtiene un beneficio indebido en relación con el otro universo de personas que no lo están obteniendo, lo cual genera lógicamente una desigualdad. Sin embargo, dicho derecho humano no sería el único lesionado con la corrupción. Actos de corrupción cometidos, por ejemplo, en la esfera de la educación o la salud, afectarán no solo la igualdad de las personas, sino también el acceso mismo a dicho servicio público en el que se

12 Cf. STC 0047-2004-AI, fundamento 61.

13 Cf. Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N.º 2, parágrafo 24.

traducen dichos derechos. De esta manera, los actos de corrupción podrán implicar una obstrucción o traba para el acceso a servicios como la educación, salud, vivienda y justicia por parte de las víctimas de esa corrupción. En el mismo sentido, la corrupción a nivel judicial afecta el derecho de acceso a la justicia y debido proceso de aquel que resulta perjudicado con el acto de corrupción.[14] Ello, además, genera un impacto desproporcionado en grupos en situación de vulnerabilidad, como pueden ser las minorías indígenas, las mujeres o los niños.[15] En este sentido, un tratado con disposiciones para combatir la corrupción es un tratado que contiene normas de derechos humanos, y dichas normas, siguiendo la clasificación del propio Tribunal Constitucional, deben ingresar en el derecho interno con rango constitucional.

La segunda razón para cuestionar la clasificación formulada por el Tribunal Constitucional tiene que ver con el hecho de que los debates internos sobre el rango de los tratados se encuentran superados desde la perspectiva internacional. De acuerdo con el derecho internacional, existe lo que se conoce como el principio de primacía del derecho internacional. De acuerdo con dicho principio:

> [...] la resolución de cualquier controversia internacional tendrá como criterio que ninguna disposición de Derecho interno justifica el incumplimiento de una norma internacional y que esta debe ser adecuadamente implementada por los Estados a fin de proceder a su cumplimiento.[16]

Este principio se manifiesta en la norma consuetudinaria[17] consagrada en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.[18] De acuerdo con dicha norma: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

---

14 Cf. International Council on Human Rights Policy. Corruption and Human Rigths: Making the connection, 2009, p. 25. Disponible en: <http://www.ichrp.org/files/reports/40/131_web.pdf>.

15 Cf. ib., p. 7.

16 Salmón, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 56.

17 Cf. Corte Permanente de Justicia Internacional. Asunto de las Comunidades Greco-Búlgaras. Serie B, N.º 17, p. 32.

18 Ratificado por el Perú el 14 de septiembre de 2000.

Si bien, como señala Salmón, este principio solo es mandatorio en el ámbito del derecho internacional (de acuerdo con el derecho interno, los Estados tienen plena libertad para asignar jerarquía a las normas), la contrapartida a ello es que, desde una perspectiva de responsabilidad internacional (generada por el incumplimiento de una norma internacional por parte de un Estado), no se considerarán las disposiciones de derecho interno, ya que en este ámbito primará el derecho internacional.[19] Así, siendo la Convención de Naciones Unidas una norma de derecho internacional, el Estado peruano podrá asignar la jerarquía que considere apropiada, pero ante el incumplimiento de dicha norma internacional operará la figura de la responsabilidad internacional, bajo la cual no será posible argumentar que en virtud de una norma interna (que asigna las jerarquías en el derecho interno) se desatendieron las obligaciones internacionales emanadas de la Convención.

Es así que, para que el derecho internacional y el interno actúen en armonía, las obligaciones internacionales adoptadas por un Estado no deberían ser eludidas por este último invocando normas de derecho interno. Ello genera que, en caso de conflicto entre la norma internacional y la norma interna (incluso, una norma constitucional), deberá preferirse la norma contenida en el tratado. Ello lleva a sostener que la Convención de Naciones Unidas y las obligaciones que están establecidas en ella son absolutamente vinculantes tanto para quienes deben legislar como para quienes deben aplicar los principios que esta Convención establece.[20]

### 2.3. La implementación de las normas de la Convención de Naciones Unidas

Habiendo examinado el sistema de incorporación de tratados y el rango de estos en el derecho interno, es momento de analizar el deber de implementación que tienen los Estados respecto de estas normas internacionales; es decir, la obligación de dar cumplimiento efectivo a lo establecido en los tratados.

---

19 Cf. Salmón, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, p. 58.

20 Si bien la Constitución Política de 1993 establece en su artículo 57 un sistema de ratificación que evita, o que al menos trata de salvar, las inconsistencias entre la Constitución y el tratado, si fuera el caso que se diera una incompatibilidad (no advertida en el proceso de ratificación) entre la norma internacional y la norma constitucional, el operador de justicia, si no puede salvar la interpretación por medio de la integración del bloque de constitucionalidad, deberá siempre preferir la norma internacional por sobre la norma nacional, incluso si está es la propia Constitución.

Al respecto, es preciso distinguir entre normas de derecho internacional autoaplicativas *(self executing)* y normas no autoaplicativas o programáticas *(non self executing)*.[21] A diferencia de las reglas de incorporación y rango, la naturaleza autoaplicativa o programática de una norma sí proviene del derecho internacional,[22] y responde a la voluntad de los Estados que redactaron el tratado.[23]

La autoejecutividad de una norma implica que estas, por ser completas, no necesitan de otras normas para aplicar internamente la norma internacional que se enuncia, sino que pueden ser directamente invocadas por los destinatarios de dichas normas. Estas podrán entonces ser aplicadas por el agente estatal directamente, sin necesidad de un desarrollo normativo posterior. De acuerdo con la doctrina, para que una norma pueda considerarse autoaplicativa debe presentar las siguientes características:

*a*) Que la norma otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigible ante un juez.

*b*) Que la norma sea lo suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de tener que recurrir a alguna norma legislativa o judicial adicional.[24]

Las normas no autoaplicativas o de naturaleza programática, por el contrario, sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocidos por el derecho internacional se ejecuten en el derecho nacional o doméstico.[25] Es importante tener en cuenta que la progresividad de una

---

21 Cf. Sagues, Néstor Pedro. Ob. cit., p. 94.

22 Cf. Salmón, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, p. 77.

23 Cf. Jiménez de Arechaga, Eduardo. «La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno». *Boletim da Sociedade Brasileira de Dereito Interancional*, n.os 69-71, 1987-1989, p. 35.

24 Cf. Cançado Trindade, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 305.

25 De idea semejante es Salmón, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, p. 92.

norma no cuestiona su validez en el derecho interno, sino su aplicabilidad inmediata ya que la norma no cuenta con todos los elementos necesarios para operativizarla en el derecho interno.

## 3. LAS NORMAS AUTOAPLICATIVAS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS Y LAS POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN JUDICIAL

Como se ha señalado, una norma autoaplicativa es aquella que no requiere un desarrollo normativo para que sea plenamente aplicable y reclamable ante instancias judiciales. Ahora bien, dada la naturaleza misma de la obligación, la implementación de la norma (su cumplimiento efectivo por parte del Estado) podrá estar a cargo diferentes órganos estatales. La posibilidad de reclamación judicial permitirá cuestionar justamente a aquel funcionario que, debiendo satisfacer la norma autoaplicativa, no lo hizo. No ha de entenderse entonces que las normas autoaplicativas deben únicamente ser, valga la redundancia, aplicadas, por el órgano judicial.

Sin embargo, atendiendo nuevamente a la naturaleza de la norma, es plenamente posible encontrar normas de naturaleza autoaplicativa que deben ser satisfechas por el juez. No existe desde el derecho internacional una técnica que determine la implementación de las normas internacionales, sino que esta queda al libre arbitrio de los Estado y, por supuesto, de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones prescritas en las normas.

En ese sentido, muchas de las obligaciones de la Convención de Naciones Unidas son de naturaleza programática, correspondiendo principalmente al órgano legislativo su implementación. Ello se deduce del texto mismo de la Convención. Así, por ejemplo, las normas del capítulo III de los artículos 15 al 25, referidas al deber de penalización, establecen que: «Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito [...]».

Si bien la Convención hace referencia a medidas «de otra índole» (no legislativas), en tanto el resultado de la obligación debe ser la tipificación de la norma (incorporación en el Código Penal), se entiende, en primer lugar, que la naturaleza de la

norma es programática (la incorporación en la norma penal requiere una modificación legislativa),[26] y que tiene como principal responsable al Poder Legislativo.

No obstante, otras normas de la Convención de Naciones Unidas y la Convención Interamericana permiten, por su redacción, naturaleza y sistemática, derivar obligaciones autoaplicativas cuyo responsable principal de aplicación será el operador judicial. Esta afirmación queda más clara a partir de la lectura de la Convención de Naciones Unidas que en su artículo 3 establece como ámbito de aplicación de dicho instrumento la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción. Ello implica que las disposiciones podrán resultar aplicables durante el procesamiento mismo de una persona inculpada por la comisión de un delito de corrupción. En el mismo sentido, una norma autoaplicativa de la Convención de Naciones Unidas dispone:

> Cada Estado parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.[27]

En razón de ello, el operador judicial se encontrará en algunos casos en posición de dar cumplimiento a normas convencionales. La omisión a este cumplimiento, sin duda alguna, generará responsabilidad internacional al Estado.

---

26 Dentro de esta no autoaplicatividad de la norma es posible distinguir niveles de obligatoriedad en el cumplimiento. Así, la Convención de Naciones Unidas establece un deber de tipificación que se puede denominar «obligatorio», es decir, el Estado tiene la obligación de tipificar conductas como delitos de corrupción (por ejemplo, los delitos previstos en los artículos 15 y en el primer párrafo del artículo 16); y un deber de tipificación que puede llamarse «facultativo» o «potestativo», esto es, señala que sería recomendable que el Estado tipifique determinadas conductas, pero finalmente la decisión recae en el propio Estado (segundo párrafo del artículo 16 y artículo 18). La Convención Interamericana, por su parte, establece hasta tres niveles de deber de tipificación, y añade a los antes vistos la tipificación que puede denominarse «progresiva»; es decir, el Estado debe hacerlo pero se prevé la posibilidad de que aún no lo haya hecho (artículo VIII).

27 Artículo 30.3.

Así, una primera norma que podemos considerar, en este sentido, es la que se refiere a la noción amplia de funcionario público. De acuerdo con el artículo 2.a, se considerará funcionario público a:

> i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;
>
> ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;
>
> iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el Derecho interno de un Estado Parte.[28]

En el mismo sentido, la Convención Interamericana establece en su artículo 1 que:

> Se entiende por «Funcionario público», «Oficial Gubernamental» o «Servidor público», cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Estas normas no establecen ámbito de aplicación, es decir, no es una definición que deba considerarse únicamente para el cumplimiento del deber de tipificación o adopción de medidas administrativas complementarias, sino que es un concepto que debe tenerse en cuenta por todos los agentes estatales que estén en posición de dar cumplimiento a la Convención de Naciones Unidas.

---

28 Esta definición es más amplia incluso que la utilizada por la Convención contra la Delincuencia Organizada (apartado a del artículo 2). En el mismo sentido, la Convención Interamericana establece en su artículo 1 que se considera «funcionario público», «oficial gubernamental» o «servidor público» a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Este razonamiento ha sido recogido en nuestro país por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006 en relación con la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. Al respecto la Sala manifestó:

> [...] que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, *la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a «cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos»*, indicando que se entiende como función pública «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una personal natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos»; además, es de tenerse en cuenta que según su Ley Orgánica el CGBVP detenta como recursos propios —entre otros— el monto económico que otorga el Estado a través del Presupuesto General de la República, *siendo que justamente el delito imputado guarda relación con el indebido manejo y gasto de los fondos públicos que directa o indirectamente efectuaron los acusados en el desarrollo de cargos en la estructura orgánica del CGBVP, es decir la imputación no está vinculada a la ejecución de su labor institucional orientada a la prevención, detección y control de incendios, desastres y calamidades públicas sino al ejercicio de funciones administrativas dentro de la institución que pueden acarrear variadas consecuencias como es la responsabilidad de índole penal.*[29] (Las cursivas son nuestras)

Si bien el razonamiento tiene como fundamento la Convención Interamericana, resultaría el mismo argumento si se aplicasen los preceptos de la Convención de Naciones Unidas.

Otro ejemplo de norma autoaplicativa cuyo cumplimiento puede ser asumido por el juez será la prevista en el artículo 30.5. De acuerdo con dicho artículo:

---

29 Sentencia de la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima recaída en el expediente 032-2006 del 7 de enero de 2012, p. 16.

> Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.

Ciertamente, la regulación legal de la libertad anticipada o condicional es una facultad del Poder Legislativo y corresponde a una norma no autoaplicativa. Pero lo que el artículo 30.5 ordena no es la regulación de dichas figuras, sino el criterio del juez para su otorgamiento en el caso de delitos de corrupción. En este sentido, previendo los artículos 57 y 58 del Código Penal peruano la libertad condicional, el juez puede aplicar automáticamente la norma del artículo 30.5 de la Convención de Naciones Unidas durante el proceso de evaluación sobre la conveniencia o no de aplicar dichos artículos.

Un tercer ejemplo de norma autoaplicativa, referida a la valoración de la conducta delictiva, es la prevista en el artículo 28 de la Convención de Naciones Unidas, que dispone:

> El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

En virtud de esta norma, al momento de valorar la conducta del imputado, el juez deberá considerar también las circunstancias fácticas objetivas. Nuevamente, la norma toma como presupuesto el cumplimiento de la obligación programática de tipificar el delito. Es sobre este supuesto que el artículo 28 resulta aplicable.

Finalmente, una disposición que puede generar algunas dudas respecto a la posibilidad de aplicarla de manera inmediata es la referida a la prescindencia del perjuicio patrimonial para configurar el delito de corrupción. Así, el artículo 3.2 de la Convención de Naciones Unidas establece que:

> Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

De igual forma, el artículo XII de la Convención Interamericana prescribe que:

> Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Esta disposición genera dudas respecto a su naturaleza. Por un lado, podría pensarse que es una obligación de cumplimiento programático que se hará efectiva en la adopción de medidas legislativas que tipifiquen delitos de corrupción sin considerar la necesidad de que ocurra daño patrimonial. Lo contrario implicaría vulnerar el principio de legalidad penal. Por otro lado, podría asumirse como una norma autoaplicativa que establece una obligación de interpretación por el operador judicial en el sentido de no sancionar únicamente las conductas que hayan generado ese daño patrimonial al Estado.

No obstante la aparente confusión que puede generar la norma internacional, pareciera que ella plantea esta doble naturaleza. Por un lado, como resultado de una primera lectura, obliga al legislador a considerar la necesidad de prever en la tipificación de delitos de corrupción conductas que vayan más allá del daño patrimonial. Por otro lado, genera en el operador judicial la obligación autoaplicativa de comprender la configuración de un delito de corrupción al margen de que exista o no ese daño patrimonial al Estado.

Esto último, sin duda, genera problemas al momento de enfrentar este criterio interpretativo con la literalidad de la norma. Recientemente, el Tribunal Constitucional consideró que la tipificación del delito de colusión incorporada por la Ley 29703 resultaba contraria a la Convención de Naciones Unidas (y a la Constitución Política), en lo referido a la necesidad de que para que se configure dicho delito se requiera defraudación de carácter patrimonial (mientras que las convenciones hablan de «perjuicio patrimonial»). En dicha decisión el Tribunal señaló:

> Como se sabe, una misma disposición legal *puede, por lo general ser interpretada válidamente de diversas maneras*, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado legal y la segunda, el sentido interpretativo [...]
>
> En este orden de ideas, en cuanto al término «defraudar», este ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicio-

> nar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. [...] Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término «defraudación» en otros ámbitos como el de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial [...]
>
> Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término «patrimonialmente» puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [...][30] (Las cursivas son nuestras)

Al margen de que se pueda estar o no de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional, lo cierto es que su razonamiento permite desprender que, en tanto este no se pronuncie de manera definitiva en torno a la interpretación que debe darse a una disposición, es posible que los operadores de justicia realicen dicha interpretación. Dado que, como el propio Tribunal reconoce, caben interpretaciones del término «defraudación» que vayan más allá del daño o perjuicio patrimonial, cabría la posibilidad de que el juez penal interpretara la expresión «defraudación patrimonial» en un sentido más amplio que el de «perjuicio patrimonial», de manera que un delito (como el delito de colusión en el presente caso) se configurará exista o no ese daño o perjuicio patrimonial al Estado.

Ante esta postura, surge la interrogante de si al otorgar este margen interpretativo al juez penal se estaría contraviniendo el principio de legalidad, considerado un principio fundamental del Estado de derecho, a partir del cual el propio Tribunal Constitucional ha señalado que se impide una recepción inmediata de normas del derecho penal internacional que impliquen nuevos ámbitos de incriminación de conductas.[31]

---

30 STC 017-2011-AI, fundamentos 25, 28 y 29.

31 Cf. STC 010-2002-AI/TC; STC 2758-2004-HC/TC y STC 012-2006-AI/TC.

Si bien el principio de legalidad en sus inicios tuvo una connotación bastante rígida, resulta oportuno considerar lo planteado por Jesús-María Silva como una «interpretación teleológica», entendida como aquella que supera la literalidad de la norma para asignar un significado que resulte justificado, razonable o coherente con la finalidad de la norma.[32] Dicha interpretación, afirma Silva, conlleva la satisfacción de cuatro premisas: *a*) que en relación con dichos enunciados existe un *thelos* (fin de regulación, idea justificante, etcétera); *b*) que dicho *thelos* no esté expresado en el enunciado jurídico; *c*) que dicho *thelos* sea, sin embargo, susceptible de ser descubierto; y *d*) que, una vea descubierto o asignado el *thelos*, pueda reconstruirse el sentido del enunciado de manera que se configure como un medio para el cumplimiento de dicho fin.

En el caso concreto, ambas convenciones contienen una norma que ordena la interpretación del delito de corrupción como uno que no implique necesariamente daño o perjuicio patrimonial. Dichas normas obedecen a la necesidad de regular un concepto amplio de corrupción y garantizar que todo mal uso del poder público, con el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos, sea sancionado penalmente. En ese sentido, podría afirmarse que se cumplen las cuatro premisas planteadas por Silva. Ello queda reforzado, además, si se toma en cuenta que el mandato de interpretación deriva de una norma internacional que, además de prevalecer sobre el ordenamiento interno (por el principio de primacía del derecho internacional), ha sido incorporada por el Tribunal Constitucional o bloque de constitucionalidad.[33]

De esta manera, queda libre el camino para que el operador judicial realice una interpretación teleológica que permita la implementación de la norma internacional y, superando una interpretación literal del tipo penal, considere que los delitos de corrupción se configurarán incluso cuando no exista daño o perjuicio patrimonial en sentido estricto.

---

32 Cf. Silva, Jesús-María. Sobre la «interpretación» teleológica en derecho penal. En Miguel Diaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (eds.). *Estudios de filosofía del derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 373.

33 Aunque no de manera expresa, en la sentencia bajo análisis, el Tribunal Constitucional ha incorporado esta categoría de tratados a la Convención de Naciones Unidas al postular los fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción. STC 017-2011-AI, fundamento 14 y ss.

Ahora bien, siendo este el marco teórico para el comportamiento del juez, cabe señalar que la decisión del Tribunal Constitucional ha venido a cerrar esa posibilidad, o al menos a restringir su ocurrencia. Es cierto que el operador judicial mantiene su margen de discrecionalidad para interpretar el delito de corrupción como aquel que no necesariamente genera daño patrimonial al Estado. No obstante, en el caso de delitos cuya redacción genere un aparente conflicto entre la norma penal y la norma internacional, la decisión del Tribunal Constitucional llevará al juez a considerar que cualquier delito de corrupción que en un futuro utilice la expresión «patrimonial» debe interpretarse en el sentido de implicar daño o perjuicio patrimonial en sentido estricto, y no (como mandaría una interpretación teleológica a la luz del derecho internacional) en sentido amplio. Este riesgo puede presentarse en futuras regulaciones (nada garantiza que el legislador penal no caiga en redacciones que generen esta situación) o en la interpretación del término «beneficio patrimonial» del delito de concusión (artículo 382 del Código Penal).

Al respecto, es importante considerar que lo desarrollado por el Tribunal Constitucional no configura un precedente de observancia obligatoria, y alentar a los operadores judiciales a una consideración amplia del delito de corrupción que, sin afectar el núcleo esencial del principio de legalidad, respete los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano y contribuya a verdadera represión de la corrupción.

# Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional

**Luis Huerta Guerrero**

La corrupción es un grave problema que ha merecido análisis desde diferentes disciplinas, especialmente desde el derecho penal. Sin embargo, es necesario tener una perspectiva mayor, con un enfoque desde la norma suprema del ordenamiento jurídico, la Constitución, a partir de la cual se puedan comprender adecuadamente las novedosas tendencias en materia de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico previsto para luchar contra este flagelo. Un enfoque constitucional, además, permite aplicar la normativa internacional sobre la materia, no solo como una fuente de obligaciones del Estado sino como mandatos que deben emplear los operadores jurídicos al pronunciarse sobre diversas controversias relacionadas con la prevención y sanción de los actos de corrupción. El presente artículo se orienta a proponer algunas ideas para el análisis de la corrupción desde una perspectiva constitucional.

## 1. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO

Los textos constitucionales abordan diversas materias como el reconocimiento de derechos fundamentales, el régimen económico, la estructura del Estado y los procesos de control constitucional, por citar algunas. Asimismo, es posible identificar en ellos referencias a obligaciones específicas del Estado en torno a determinados temas de especial importancia, que han servido como punto de partida para el análisis e interpretación de las leyes y normativa infralegal, así como para resolver desde un punto de vista estrictamente jurídico problemas que la realidad ofrece de forma permanente. Esta situación se aprecia, por ejemplo, en el caso de las obligaciones previstas en el ámbito constitucional para garantizar los derechos humanos y para combatir el tráfico ilícito de drogas. Similar enfoque corresponde

que se realice en cuanto a la obligación del Estado de luchar contra la corrupción, en la perspectiva de proteger importantes bienes jurídico-constitucionales.

### 1.1. Obligaciones del Estado en materia de lucha contra el tráfico ilícito de drogas

El artículo 8 de la Constitución de 1993 establece: «El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales». Se trata de una referencia constitucional a uno de los más graves problemas por los que atraviesa el país y la comunidad internacional en su conjunto, que ha merecido una mención expresa en la Constitución, y que ha llevado al reconocimiento de obligaciones específicas del Estado en torno a esta materia. La referencia a la obligación de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas es un mandato constitucional que no puede considerarse una frase sin ninguna repercusión jurídica importante en el ordenamiento jurídico, pues lo contrario sería reconocer que la Constitución puede contemplar normas sin relevancia jurídica.

Por ello, este artículo ha sido invocado por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, para sustentar que tiene competencia para conocer demandas de hábeas corpus presentadas contra sentencias que condenan a determinadas personas por la comisión de estos delitos y que han sido estimadas en el Poder Judicial, a pesar de que el artículo 202, inciso 2 de la Constitución señala que el Tribunal solo conoce fallos desestimatorios. En este sentido, el Tribunal ha habilitado el uso del recurso de agravio constitucional contra las sentencias del Poder Judicial que declaren fundadas demandas de hábeas corpus a favor de personas procesadas por tráfico ilícito de drogas, al cual ha denominado «recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional». Al fundamentar su decisión señaló:

> 11. […] independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201 de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiendo que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado Peruano ha asumido en relación

al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general.[1]

La especial atención del Estado en materia de lucha contra el tráfico de drogas también se aprecia en el artículo 2, inciso 24, literal f de la Constitución, que regula las reglas que deben observarse para privar a una persona de libertad. Al precisarse los alcances de la duración de la detención por parte de las autoridades policiales establece una regla general de veinticuatro horas, para inmediatamente señalar que dicho plazo no se aplica, entre otros, al delito de tráfico ilícito de drogas, respecto al cual las autoridades policiales tienen hasta quince día para realizar las investigaciones correspondientes, antes de llevar al detenido a las instancias judiciales. En este caso, la obligación del Estado de adoptar medidas contra el tráfico ilícito de drogas sirve de sustento a una excepción del derecho de toda persona privada de libertad a ser trasladada, sin demora, ante una autoridad judicial para que evalúe la legalidad de su detención, prevista en el artículo 7, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### 1.2. Obligaciones en materia de derechos humanos

Respecto a los derechos humanos, los Estados tienen que cumplir con las obligaciones de respeto y garantía. Por la primera, se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a estos derechos, mientras que, por la segunda, deben adoptar las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que los afecte. Estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, así como de los propios textos constitucionales.

En el caso peruano, el artículo 44 de la Constitución de 1993 establece como una obligación del Estado «garantizar los derechos humanos». Se trata de una mención general, prevista en un artículo ubicado en una sección del texto constitucional que se revisa poco. Además, aparece mencionada junto con otros «deberes primordiales del Estado» —expresión que usa la propia Constitución— como defender la soberanía nacional, proteger a la población de las amenazas a su seguridad y promover el bienestar general. A pesar de ello, ha sido a partir de este

1 Sentencia 2663-2009-HC (caso Edwin Martínez Moreno), publicada el 17 de agosto de 2010.

artículo que se ha podido precisar el contenido de las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, en concordancia con lo dispuesto en el derecho internacional, en observancia de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Esta labor de precisión ha estado a cargo del Tribunal Constitucional, principalmente por medio de fallos sobre demandas de hábeas corpus presentadas por personas procesadas por graves violaciones de derechos humanos. Como consecuencia de ello, se ha llegado a considerar que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, sin que para tales casos puedan invocarse las disposiciones del Código Penal que regulan la prescripción como institución jurídica. De esta forma, el Tribunal ha asumido la amplia línea jurisprudencial desarrollada sobre este tema por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha dado lugar a que en diversos países se lleven a cabo novedosas interpretaciones sobre el marco legal que regula el plazo que tienen los Estados para perseguir y sancionar un delito.

En el caso de los procesos penales por graves violaciones de los derechos humanos, los tratados ratificados por el Estado peruano han sido también importantes para la interpretación de la legislación penal y procesal penal, ante los vacíos y deficiencias identificados, en concordancia con la disposición constitucional que obliga a los magistrados a no dejar de administrar justicia. El punto de partida para su empleo ha sido el reconocimiento de las obligaciones del Estado en materia de investigación y sanción de tales hechos.

## 1.3. Obligaciones en materia de lucha contra la corrupción

### 1.3.1. Obligaciones derivadas de las normas constitucionales

La Constitución de 1993 no contiene una referencia directa al tema de la lucha contra la corrupción como política del Estado, como sí ocurre respecto al tráfico ilícito de drogas o a la obligación de garantizar los derechos humanos.

El tema de la corrupción aparece mencionado en la Constitución de forma indirecta. Una primera aproximación puede realizarse a partir del reconocimiento, en el artículo 2, inciso 5 del derecho de acceso a la información pública, a partir del cual se ha desarrollado un marco legal orientado a la transparencia de la información que se encuentra en poder del Estado, y que ha merecido un importante desarrollo por parte del Tribunal Constitucional por medio de sus pronuncia-

mientos sobre el proceso de hábeas data. Como señala Carbonell, la lucha contra la corrupción y a favor de la transparencia es «como pocas, una tarea en muy buena medida ciudadana».[2]

Asimismo, y en conexión con el tema de la transparencia, el artículo 40 de la Constitución señala que «es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos». En esta misma línea de transparencia en el desarrollo de la función pública debe citarse el artículo 139, inciso 8, que dispone como un principio de la función jurisdiccional «la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley».

Junto con las normas orientadas a garantizar la transparencia y el acceso a la información pública, la Constitución establece, en su artículo 41, un conjunto de reglas procesales relacionadas con los delitos de corrupción y de aquellos que afectan el patrimonio del Estado. La norma citada dispone:

> Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.
> Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.
> La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.
> El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

Las disposiciones normativas citadas permiten afirmar que la lucha contra la corrupción constituye un objetivo que también cuenta con reconocimiento constitucional, en el entendido que los efectos de este flagelo generan un serio perjuicio para el respeto y garantía de valores y bienes jurídico-constitucionales indispensa-

2 Carbonell, Miguel. *Transparencia, ética pública y combate a la corrupción. Una mirada constitucional.* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 59.

bles para la vigencia efectiva de las normas constitucionales y los derechos fundamentales en ella reconocidos. En consecuencia, se trata de un objetivo que deberá ponderarse con otros bienes y derechos que cuentan con reconocimiento constitucional, en la perspectiva de buscar su armonización. Como afirma Landa:

> [...] desde el Derecho Constitucional, se hace necesario fundamentar la actuación institucionalizada del Estado en contra de un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado. Es decir, otorgarle finalidades y objetivos específicos a la lucha anticorrupción y sus esfuerzos para prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, planteándose como principal objetivo promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para la erradicación de la impunidad.[3]

A partir de estas consideraciones es posible afirmar que el problema de la corrupción debe tener un enfoque constitucional, a partir del cual se debe interpretar el marco jurídico interno, especialmente el penal y procesal penal orientado a investigar y sancionar estos actos ilícitos.

### 1.3.2. Obligaciones derivadas de las normas internacionales

El Estado peruano ha ratificado tratados sobre corrupción, en los cuales se precisan las obligaciones que deben asumirse con relación a este tema. En este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en 1996 y que entró en vigor en 1997, señala en su Preámbulo: «La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos». Por su parte, la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción, aprobada en el 2003 y que entró en vigor en el 2005, dispone en su Preámbulo lo siguiente: «*Preocupados* por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la

3 Landa Arroyo, César. «Tribunal Constitucional y Lucha Anticorrupción». En Edgard Reymundo Mercado (comp.). *Lucha contra la corrupción*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2008, p. 27.

democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley».

En consecuencia, los tratados sobre corrupción reconocen los perjuicios que la corrupción genera en el ejercicio de los derechos fundamentales y en los sistemas democráticos, los cuales constituyen bienes jurídico-constitucionales que deben preservarse, siendo necesario reconocer para ello que existe una obligación del Estado de luchar contra la corrupción

## 2. TENDENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN MATERIA DE PROCESOS RELACIONADOS CON CASOS DE CORRUPCIÓN

Conforme con la Constitución Política de 1993, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer diversos procesos constitucionales, por medio de los cuales ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre demandas presentadas a favor de personas procesadas por delitos de corrupción, así como sobre normas aprobadas con relación a tales delitos. De estos fallos es posible identificar la posición asumida por esta institución en diferentes etapas.

### 2.1. Cuando el Tribunal Constitucional se sometió al poder político

El 5 de abril de 1992, el Tribunal Constitucional fue cerrado como consecuencia del golpe de Estado llevado a cabo por el expresidente Alberto Fujimori, hoy en día sentenciado por graves violaciones de los derechos humanos y por delitos de corrupción. El Tribunal volvió a iniciar sus actividades en junio de 1996, pero al año siguiente tres de sus magistrados fueron destituidos arbitrariamente por el Congreso de la República como consecuencia de haber expedido un fallo en el que declaraban inaplicable para Fujimori la ley que lo autorizaba a una nueva reelección presidencial.

A partir de mayo de 1997 y hasta finales del 2000, el Tribunal Constitucional funcionó con solo cuatro magistrados, en un período en el que sus sentencias se caracterizaron por su poca o nula argumentación jurídico-constitucional. La men-

ción a este período obedece a que uno de los magistrados del Tribunal que colaboró con el régimen autoritario del presidente Fujimori fue posteriormente procesado por delitos contra la administración pública, imponiéndosele una reparación civil de S/. 450.000 (cuatrocientos cincuenta mil nuevos soles) a favor del Estado.[4] Una clara muestra del nivel que alcanzó la corrupción en dicho período.

### 2.2. Posicionamiento del Tribunal en materia de lucha contra la corrupción

Con el retorno a la democracia a finales del 2000, la reincorporación de los tres magistrados arbitrariamente destituidos en 1997 y la elección en el 2002 de cuatro nuevos integrantes, el Tribunal dio un giro sorprendente. Por primera vez, el Perú contaba con un órgano jurisdiccional cuyas sentencias contenían un análisis sustantivo sobre los derechos fundamentales y la Constitución, algo inédito en nuestro país. Hoy en día, se puede afirmar que el Perú contó, en el período 2002-2007, con un auténtico intérprete de la Constitución, cuyas decisiones podrán ser en la mayoría de casos polémicas y discutibles, lo cual es inevitable, pero que no dejan duda sobre la aplicación de importantes argumentos jurídicos para sustentar una decisión. En relación con este período se ha señalado:

> El [Tribunal] ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de gran trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; colocando la linterna donde había oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de mani puliti [manos limpias], un exceso de exposición en medios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, han determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones y de sus métodos para obtenerlos resulten seriamente discutibles.
>
> El dato que nos muestra la realidad es que el [Tribunal] ha aumentado su importancia social y política a una velocidad de vértigo, tanto que muy bien

4 La cifra ha sido extraída de la base de datos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre «Funcionarios procesados y sentenciados en contra de la administración pública». Disponible en la página web del Ministerio.

> podría ser este ritmo el que le esté impidiendo apreciar con prudencia y humildad su perspectiva histórica. Esta situación, por otro lado, tal vez explique por qué está queriendo ejercer más poder del que le corresponde. Siendo una crisis de crecimiento es, para establecer un paralelismo biológico, una crisis de adolescencia, situación que puede ser la razón por la que, en muchas de sus sentencias [...] pareciera que los jueces del TC, o sus asesores, saben más de lo que comprenden.[5]

Uno de los temas en los cuales se apreció de modo particular la importancia del Tribunal Constitucional fue en los procesos de hábeas corpus iniciados por personas procesadas por delitos de corrupción, que buscaron cuestionar órdenes de detención judicial preventiva, la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocían sus procesos penales, solicitar el acceso a beneficios penitenciarios, etcétera. Estas demandas fueron presentadas principalmente por diversas personas procesadas por delitos de corrupción cometidos durante el Gobierno del expresidente Fujimori.

### 2.2.1. Juzgados anticorrupción y juez predeterminado por la ley

El Consejo Transitorio del Poder Judicial, mediante la Resolución 024-2001-CT-PJ (publicada el 1 de febrero de 2001), autorizó al presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima a designar seis jueces especializados en lo penal para conocer los procesos iniciados o por iniciarse como consecuencia de las investigaciones relacionadas con las actividades del exasesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres. Asimismo, se autorizó la conformación de una Sala Penal Especial para el conocimiento exclusivo de los procesos atendidos por tales jueces. De esta manera, se crearon los denominados juzgados y Sala Anticorrupción.

Diversas personas procesadas por delitos de corrupción presentaron demandas de hábeas corpus, pues consideraban que la creación de estos órganos judiciales afectaba los siguientes derechos: *a*) el derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, pues alegaban que los procesaba un «juez especial creado con posterioridad a la comisión de los delitos» y no el «juez penal

5 Monroy Gálvez, Juan. «Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, pp. 158-159.

que se encontraba de turno al momento de la denuncia»; *b*) el derecho a un juez imparcial, pues los jueces anticorrupción fueron designados a solicitud de personas que después iban a investigar a los involucrados en estos delitos; y *c*) el principio de reserva de ley en la determinación de la competencia de los jueces, pues los juzgados y la Sala Anticorrupción fueron creados mediante resolución administrativa.

En el 2003, el Tribunal Constitucional se pronunció en extenso sobre este tema y declaró infundados estos hábeas corpus basándose en los siguientes argumentos:[6]

*a*) Sobre el derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, el Tribunal señaló que este implica lo siguiente:

- Quien juzgue debe ser un juez o un órgano con potestad jurisdiccional, con lo cual se garantiza que nadie sea enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento se realice por comisión o delegación.

- La asignación de la competencia judicial debe establecerse necesariamente con anterioridad al inicio del proceso, lo que garantiza que nadie pueda ser juzgado por un tribunal ex post facto o ad hoc.

- Las reglas de competencia deben estar previstas en una ley orgánica, lo que se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139, inciso 3, y 106 de la Constitución, sobre el derecho a tribunal competente y el contenido de las leyes orgánicas, respectivamente.

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal señaló que la creación de los juzgados anticorrupción no constituía una afectación al derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, dado que este no puede entenderse en términos absolutos. Por el contrario, debe interpretarse bajo los alcances del principio de concordancia práctica, que exige determinar el contenido

6 Estos criterios del Tribunal se encuentran en las sentencias 290-02-HC/TC (caso Eduardo Calmell del Solar), 1076-03-HC/TC (caso Luis Bedoya de Vivanco) y 1013-03-HC/TC (caso Héctor Faisal).

de un derecho en coordinación con otros principios o exigencias constitucionalmente relevantes, como la continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional y la prohibición de incoherencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Para el Tribunal, el derecho a la predeterminación del juez por la ley no se refiere a la decisión de crear juzgados o salas especializadas para resolver materias específicas, sino únicamente a la determinación previa de estos órganos como instancias que cuentan con potestad jurisdiccional.

*b*) Sobre el derecho al juez imparcial, el Tribunal Constitucional señaló que la creación de los juzgados anticorrupción no implicaba una vulneración de este, por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque la creación de los juzgados anticorrupción se realizó a pedido del presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima y no de autoridades o funcionarios que después iban a investigar a las personas procesadas por estos delitos.

- En segundo lugar, porque la creación de los juzgados anticorrupción no se sustentaba en el criterio de la persona que se iba a juzgar, sino en la subespecialización al interior de la justicia penal, la que resultaba necesaria por las particulares exigencias de la investigación de los ilícitos penales de corrupción cometidos durante el Gobierno del expresidente Fujimori. Esta subespecialización era legítima porque los motivos que la justificaban perseguían garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Además, su objetividad estaba fundamentada en consideraciones tales como la naturaleza del delito, la complejidad del asunto y la carga procesal.

*c*) Sobre la reserva de ley para determinar la competencia de los jueces, el Tribunal señaló que implicaba dos aspectos:

El establecimiento «en abstracto» de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La delimitación de los diferentes niveles jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de «conocimiento litigioso», pues la unidad del Poder Judicial no impide la especialización orgánico-funcional de juzgados y tribunales por razón de la materia.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional consideró que la creación de juzgados y salas subespecializadas en lo penal no estaba sujeta a reserva de ley orgánica, pues el artículo 82, inciso 28 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial competencia para disponer la creación de juzgados y salas cuando así lo requiera una más rápida y eficaz administración de justicia. Esta competencia, en principio discrecional, encuentra sus límites en el propio ordenamiento judicial.

De esta manera, el Tribunal dejó claramente establecido que la competencia asignada a los juzgados y la Sala Anticorrupción era compatible con el derecho al juez natural. Se trató de una decisión particularmente importante, pues el cuestionamiento a la legitimidad de estos órganos jurisdiccionales era uno de los argumentos empleados con mayor frecuencia por las personas acusadas por corrupción en contra de los procesos en los que se encontraban inmersos. En los fundamentos del Tribunal quedaron claramente señaladas las razones que permitieron hacer compatible el derecho al tribunal competente y la potestad jurisdiccional del Estado para investigar en forma adecuada delitos de especial complejidad.

### 2.2.2. Beneficios penitenciarios

A mediados de enero de 2004, una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció favorablemente respecto a la solicitud de excarcelación presentada por el señor Agustín Mantilla Campos, sentenciado a pena privativa de libertad por el delito de cohecho pasivo, caso relacionado con la red de corrupción que involucró al expresidente Fujimori y al exasesor presidencial Vladimiro Montesinos. Como era de esperarse, tal decisión generó inmediatamente una reacción contraria. Incluso se llegó a plantear la posibilidad de acusar constitucionalmente a los magistrados de la Corte Suprema.

En el aspecto jurídico, los fundamentos de la resolución originaron un debate aparte, pues la aplicación en el tiempo de las leyes sobre beneficios penitenciarios no era un tema resuelto en la legislación, motivo por el cual correspondía a la jurisprudencia precisar los lineamientos que se deben seguirse cuando se origine una controversia sobre la materia.

En una de sus primeras decisiones sobre este tema, el Tribunal Constitucional consideró que una norma (la Ley 24388) debía aplicarse en forma ultraactiva, pues

resultaba más favorable que una norma posterior (la Ley 26230), que prohibía el beneficio penitenciario de semilibertad. En palabras del Tribunal:

> [...] si una nueva norma procesal [como la Ley 26230] resultaba menos ventajosa que la ley anterior en lo que respecta a la aplicación del beneficio penitenciario de semilibertad, no puede tener efecto retroactivo, por su carácter evidentemente perjudicial.
> Por consiguiente, el emplazado órgano judicial, a efectos de la aplicación temporal de las leyes materia de autos, debió tener en cuenta la aplicación de la ley 24388 para su aplicación ultractiva, por ser más benigna para resolver la petición de semilibertad planteada por el actor.[7]

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal ordenó a la demandada (una Sala Penal Superior de Lambayeque) que dicte una nueva resolución sobre la petición del beneficio de semilibertad del demandante. De la lectura de esta sentencia, se podía llegar a dos conclusiones:

- En primer lugar, el Tribunal no se pronunció sobre el factor o elemento que debía considerarse para determinar el momento de aplicación en el tiempo de una norma sobre beneficios penitenciarios.

- En segundo lugar, determinó la aplicación ultraactiva de una norma por resultar más favorable al sentenciado, amparándose en lo dispuesto en el artículo 139, inciso 11 de la Constitución, según el cual constituye un principio de la función jurisdiccional «la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

En un caso posterior, cuyo asunto principal giraba en torno a la aplicación en el tiempo de una norma procesal penal, el Tribunal varió el criterio relacionado con la aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 139, inciso 11 de la Constitución, y afirmó que solo resulta aplicable en el caso de las normas penales sustantivas, mas no para normas procesales o de ejecución penal; aunque tampoco se pronunció sobre el factor que había que considerar para determinar

7 Sentencia 804-2002-HC/TC (caso Santiago Granda Sotero), publicada el 22 de noviembre de 2002.

el momento de aplicación en el tiempo de una norma sobre beneficios penitenciarios.[8]

Esta era la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta el momento en que se dio a conocer la resolución de la Corte Suprema sobre la solicitud de semilibertad de Agustín Mantilla. Como resulta fácil deducir, cualquier sentencia del Tribunal podía emplearse para sustentar una posición a favor o en contra de la resolución del Poder Judicial. En todo caso, lo que existía eran pronunciamientos sobre la aplicación del principio de favorabilidad, pero no sobre el momento que había que considerar para determinar la aplicación en el tiempo de una norma sobre beneficios penitenciarios.

A poco de emitirse la resolución de la Corte Suprema sobre el caso Mantilla, el Tribunal Constitucional publicó una sentencia cuyo asunto principal era la prolongación en el tiempo de una orden judicial de detención. Al pronunciarse sobre este caso, reiteró su jurisprudencia sobre la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, y restringió sus alcances a las leyes penales sustantivas; pero a la vez se pronunció sobre el tema de la aplicación en el tiempo de las leyes sobre beneficios penitenciarios, señalando que la norma que se ha de aplicar en estos casos es aquella que se encuentra vigente al momento de la presentación de la solicitud respectiva para acceder a dichos beneficios. De manera particular, el Tribunal precisó la aplicación en el tiempo de la Ley 27770, que establece los requisitos para acceder a beneficios penitenciarios en el caso de las personas acusadas de corrupción.[9] De esta manera, la polémica suscitada por la resolución de la Corte Suprema encontró una respuesta inmediata por parte del Tribunal Constitucional.

Al poco tiempo se publicó otra decisión del Tribunal,[10] cuyo asunto principal sí giraba en torno a la declaración de improcedencia de una solicitud sobre beneficios penitenciarios. Fue en esta sentencia en donde el Tribunal explicó y precisó

---

8 Cf. Sentencia 1300-2002 (caso Hugo Eyzaguirre Maguiña), publicada el 16 de setiembre de 2003.

9 Cf. Sentencia 2196-2002-HC/TC (caso Carlos Saldaña Saldaña), publicada el 29 de enero de 2004.

10 Cf. Sentencia 1593-2003-HC/TC (caso Dionisio Llarajuna Sare), publicada el 30 de enero de 2004.

con mayor detalle todos aquellos aspectos relacionados con las normas sobre estos beneficios. Sin embargo, se trata de una decisión que no ha estado exenta de críticas.[11]

### 2.2.3. Cuestionamiento de detenciones judiciales preventivas

En el período que estamos analizando, diversas personas procesadas por delitos de corrupción acudieron al proceso de hábeas corpus para cuestionar las órdenes judiciales de restricción a la libertad personal, como el arresto domiciliario y la detención preventiva. Al respecto, el Tribunal mantuvo su tendencia por verificar si las resoluciones judiciales cuestionadas analizaban la existencia del peligro procesal, a fin de evaluar si la conducta del procesado no interfería u obstaculizaba la investigación judicial o si no implicaba evadir la acción de la justicia. Como línea jurisprudencial, señaló que estos aspectos «deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada».[12]

Es importante señalar que cuando el Tribunal comprueba que en las resoluciones judiciales que ordenan una medida limitativa de la libertad individual no existe motivación suficiente sobre si existió o no peligro procesal, no necesariamente deja sin efectos dicha medida sino que ordena, en vías de subsanación, que el órgano judicial emplazado corrija la deficiencia y dicte una nueva resolución suficientemente motivada.[13] Surge al respecto la duda sobre si una medida más garantista de la libertad personal no sería acaso dejar sin efecto la medida cautelar. Sin embargo, es probable que esta decisión no se adoptase debido a la sensación de impunidad que se hubiese producido si se dejaba en libertad a la persona procesada.

---

11 Cf. *Actualidad Jurídica*, t. 123, febrero de 2004. En esta edición se publicaron diferentes artículos sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de beneficios penitenciarios.

12 Resolución 1753-2003-HC/TC (caso José Dellepiani Massa), publicada el 24 de febrero de 2004, fundamento 5.

13 Cf. Resolución 1753-2003-HC/TC (caso José Dellepiani Massa), publicada el 24 de febrero de 2004, fundamento 6.

La lucha contra la corrupción requiere que se respete el debido proceso y la libertad personal de las personas procesadas penalmente. Al Tribunal le corresponde garantizar, dentro de las competencias que le han sido asignadas por la Constitución, que en la justicia ordinaria se cumpla con la observancia de ambos derechos. Esto es lo que ha venido ocurriendo en nuestro país, en donde el juzgamiento de las personas acusadas de corrupción se lleva a cabo respetando la Constitución y de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos. Esto último evita un posible cuestionamiento de estos procesos ante instancias internacionales por violación de estos derechos, que posteriormente pueda originar la responsabilidad internacional del Estado peruano.

Prueba de ello lo constituye la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la petición presentada a favor de Luis Bedoya de Vivanco, en la cual se alegaba que el Estado peruano había vulnerado sus derechos a la integridad personal, libertad, garantías judiciales, principio de legalidad, igualdad y los derechos políticos, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como consecuencia del proceso penal seguido en su contra y la posterior sentencia condenatoria por el delito de peculado, mediante la cual se le impuso pena privativa de la libertad de cinco años y el pago de US$ 25.000 (veinticinco mil dólares) a favor del fisco nacional. La Comisión declaró inadmisible esta petición, entre otros motivos, porque consideró que:

> [...] el peticionario tuvo la oportunidad de ejercer sus derechos judicialmente en las diversas instancias a las que acudió y que el hecho de existir una sentencia desfavorable no implica en modo alguno una violación de los derechos consagrados en la Convención. La Comisión no encuentra elementos de juicio que permitan afirmar que ha existido arbitrariedad en el procedimiento judicial sino una simple disconformidad con la calificación jurídica. En efecto, los fallos dictados en las diferentes instancias en el transcurso del proceso contienen un análisis razonado de los hechos así como fundamentos jurídicos reflejo de una interpretación igualmente razonable de las normas penales pertinentes.[14]

14 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 45/04 (Petición 369/2001, Inadmisibilidad, Luis Bedoya de Vivanco), del 13 de octubre de 2004, parágrafo 43.

Sobre la libertad física, la Comisión precisó que este derecho no fue afectado pues el peticionante presentó ante el Tribunal Constitucional una demanda de hábeas corpus para cuestionar la medida de detención preventiva dictada en su contra, la cual fue resuelta satisfactoriamente por este órgano constitucional al modificarla por una medida de comparecencia.[15]

Decisiones de este tipo demuestran que en el ámbito interno los procesos seguidos contra las personas acusadas por corrupción se llevaron a cabo con pleno respeto de los derechos fundamentales. Frente situaciones que los acusados consideraban lesivas de sus derechos, llegaron ante al Tribunal Constitucional, que estableció importantes criterios que fueron observados por la judicatura ordinaria, a la que se ordenó de modo especial justificar toda medida restrictiva de la libertad dictada en contra de los procesados. Algunos de estos fallos pudieron ser en su momento polémicos, lo que no es ajeno a ninguna resolución judicial, pero bajo ninguna circunstancia considerados arbitrarios, por las razones expuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Desde el 2001, las instituciones afectadas por el Gobierno autoritario —como el Poder Judicial y el Ministerio Público— recobraron de forma progresiva su independencia e iniciaron el lento proceso orientado a su modernización, con miras a una pronta y correcta administración de justicia en el país, lo cual hasta la fecha no se consigue. Sin embargo, dentro de este escenario que constituye el patrón de normalidad de nuestro sistema de administración de justicia, los fallos del Tribunal Constitucional sirvieron de pauta para el desarrollo de los procesos por corrupción. A partir del 2006, la labor del Tribunal respecto a estos temas sería menor, por cuanto ya había cumplido con su tarea de establecer lineamientos constitucionales claros sobre la materia. Sin embargo, esta tendencia empezaría a cambiar a partir del 2008.

15 Cf. Sentencia del expediente 0139-2002-HC/TC, publicada el 5 de febrero de 2002. En esta decisión, el Tribunal ordenó la excarcelación de Luis Bedoya de Vivanco debido a la vulneración del debido proceso, aunque aclaró que las autoridades judiciales podían adoptar las medidas procesales pertinentes para asegurar su presencia en el proceso. Afortunadamente, esta posición del Tribunal no fue la regla en los siguientes casos similares que subieron a su conocimiento.

### 2.3. Expedición de fallos polémicos respecto a personas procesadas por corrupción

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha atravesado por una seria crisis. El exmagistrado César Landa Arroyo sintetiza de esta forma lo ocurrido:

> [...] en los últimos tiempos se vienen emitiendo algunas sentencias que van a contramarcha de los principios que el Tribunal Constitucional estableció en la transición democrática a partir del año 2002, en particular en la lucha contra la impunidad de los violadores de derechos humanos, la corrupción y el narcotráfico; por cuanto, se han ido dictando sentencias contrarias a la mayoría de esos clivajes, como en el caso El Frontón, Wolfenson, Jaililie, Chacón, Abanto Verástegui, Transporte Flores, Leche Gloria, Jockey Club, Cementos Lima, entre otros.
>
> Eso pone en evidencia que el control constitucional, entendido como límite al poder y tutela de derechos fundamentales, debe apelar a un Derecho Procesal Constitucional remozado sobre nuevos elementos, nuevas valoraciones, que permita afrontar la ciudadanía frente a la actual conducción del Tribunal Constitucional: A fin de retomar los valores de la defensa de los derechos fundamentales y del control del ejercicio del poder, pero también de la incorruptibilidad, sin la cual no puede existir justicia constitucional democrática.[16]

Una muestra de esta tendencia del Tribunal en un sentido contrario a los fines u objetivos constitucionales se aprecia en casos particularmente polémicos, como Wolfenson, Jalilie y Chacón, que a continuación reseñamos y comentamos.

Con fecha 6 de agosto de 2007, se interpuso una demanda de hábeas corpus a favor del señor Moisés Wolfenson Woloch, a fin de que se ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena por el delito de peculado, consistente en cuatro años de pena privativa de la libertad impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Un primer punto que llamó la atención fue que la demanda se interpusiera ante un juzgado de Huaral, cuando ninguno de los actos

16 Landa Arroyo, César. «Derecho procesal constitucional». Cuaderno de Trabajo n.º 20. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 42.

relacionados con la privación del señor Wolfenson se llevó a cabo en dicha ciudad. En cuanto al tema de fondo, el Tribunal consideró que en efecto se había cumplido en exceso la condena, y ordenó en consecuencia la libertad del sentenciado. El fallo, dado a conocer en marzo de 2008, estuvo únicamente suscrito por cinco magistrados.[17] En el voto singular de los magistrados Landa y Beaumont se aprecia la tendencia minoritaria en el Tribunal por evitar la expedición de un fallo que favoreciese a las personas condenadas por el delito de corrupción:

> 22. En el presente caso el favorecido estuvo, como él mismo lo afirma, bajo arresto domiciliario entre el 24 de mayo de 2002 hasta el 26 de enero de 2005. Sin embargo, fue sentenciado por la comisión del delito de peculado a cuatro años de pena privativa de la libertad y al pago de tres millones de nuevos soles como reparación civil. De acuerdo con lo que obra en el expediente (folio 31) el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se inició el 26 de enero de 2005 y finalizará el 25 de enero de 2009. Al existir una sentencia condenatoria dictada dentro de un proceso penal en el cual se ha respetado el debido proceso y que el demandante no ha cuestionado en el presente proceso constitucional, no se puede concluir que la restricción del derecho fundamental a la libertad personal sea inconstitucional en el presente caso.
>
> 23. Sin embargo, para estimar la demanda, la sentencia en mayoría (fundamento jurídico 14) realiza, en primer lugar, un análisis que solo le corresponde al juez penal ordinario, como es el cómputo de la pena, más aún si existe sentencia condenatoria en contra del demandante y sin que se considere si este ha cumplido o no con pagar la reparación civil correspondiente.

Como era de esperarse, la sentencia del Tribunal fue sumamente criticada, y fue así que empezó un período en el que se procedía de una manera distinta en la resolución de las controversias relacionadas con personas procesadas o condenadas por corrupción. Ese nuevo período estuvo caracterizado por fallos con una motivación insuficiente y defectuosa.

---

17 Sentencia del Tribunal Constitucional 6201-2007-HC/TC, publicada el 19 de marzo de 2008 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Eto Cruz, Calle Hayen y Álvarez Miranda. Los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos suscribieron juntos un voto singular.

La nueva tendencia del Tribunal, que resultaba favorable para las personas procesadas por corrupción, se confirmó con la sentencia del caso Alfredo Jalilie Awapara, procesado por la presunta comisión del delito de peculado. Esta persona fue favorecida por la gracia presidencial, aprobada mediante Resolución Suprema 097-2006-JUS, del 14 de junio de 2006, y expedida al amparo de la facultad del presidente de la República prevista en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución.[18] Sin embargo, la Sala que conocía el proceso penal declaró inaplicable la mencionada resolución suprema, ante lo cual el señor Jalilie presentó un hábeas corpus, el cual fue declarado fundado en primera instancia, decisión que fue revocada por la Sala. Finalmente, el caso llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional, que reconoció que la resolución por medio de la cual se concedió la gracia presidencial carecía de motivación, pero aún así se pronunció a favor de la demanda. Los siguientes argumentos de la sentencia dejan en claro la contradicción en la que incurre el propio Tribunal:

> 31. Si bien se advierte que la resolución suprema inaplicada carece de motivación, aspecto que fue determinante para que la sala emplazada decida inaplicar el derecho de gracia concedido, este Tribunal considera que habiéndose dilucidado la ausencia de arbitrariedad del acto mediante el cual se decreta la referida gracia presidencial, toda vez que es respetuoso de sus límites materiales y formales derivados de la Constitución, la falta de motivación no invalida la resolución adoptada.
>
> 32. Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado.[19]

---

18 Este artículo señala que es una atribución del presidente de la República: «21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria».

19 Sentencia del Tribunal Constitucional 4053-2007-PHC/TC (caso Alfredo Jalilie Awapara), publicada el 28 de febrero de 2008 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda. Los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos suscribieron juntos un voto singular.

Esta contradicción en el argumento del Tribunal fue advertida por los magistrados Landa y Beaumont, quienes emitieron un voto singular respecto al caso, en el cual precisaron:

> 31. Al respecto, en el fundamento 31 de la sentencia se incurre en una antinomia. En efecto, en el fundamento 26 de la sentencia se reconoce como límite material de la gracia presidencial al principio-derecho de igualdad, sin embargo en el fundamento 31 se concluye que la falta de motivación «no invalida la resolución adoptada», para más adelante, en el fundamento 32, señalar que en casos futuros «tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado». ¿Cómo puede concluirse que la resolución suprema inaplicada no es discriminatoria si están ausentes las razones objetivas que la justifican? [...]

Otro de los casos polémicos de este período ha sido la sentencia impuesta al señor Walter Chacón, procesado penalmente por el delito de enriquecimiento ilícito, cometido durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori. El respectivo proceso penal había sufrido una demora considerable, como el propio Tribunal lo reconoce en su fallo:

> 30. En cuanto a la complejidad del proceso, conforme consta de la copia del auto de apertura de instrucción, a fojas 24, así como del auto de enjuiciamiento, a fojas 138, se trata de un proceso con un gran número de imputados, lo que conforme a lo aseverado en el informe (a fojas 488 y siguientes) elaborado por la presidenta de la Sala Penal emplazada, doña Inés Villa Bonilla, quien reconoce que han llegado a sumar 35 imputados. Al respecto, dicha cantidad de procesados es en definitiva un aspecto que incide en gran medida en la complejidad del proceso. Sin embargo, resulta pertinente hacer referencia al hecho de que con la finalidad de darle mayor celeridad a la tramitación del proceso, mediante resolución de fecha 5 de febrero de 2007, se dispuso la desacumulación del proceso en dos (el N.° 004-2001 y el 13-2007). Asimismo, se produjo una segunda desacumulación del proceso N.° 004-2001, mediante resolución de fecha 15 de septiembre de 2008, en otros tres procesos distintos: 004-2001, 84-2008 y 85-2008. De modo tal que finalmente en el proceso N.° 004-2001 habrían quedado comprendidos además del recurrente, otras cuatros personas [...]

> 31. Más allá del loable esfuerzo de la judicatura por desacumular procesos en aras de la celeridad procesal, de modo tal que actualmente el proceso seguido contra el recurrente tiene solo cinco procesados, dicha desacumulación pone de manifiesto que por la naturaleza de las imputaciones ventiladas en el proceso seguido contra el recurrente era posible seguir varios procesos distintos con menos imputados, lo que en definitiva haría menos complejo el proceso penal. Sin embargo, que siendo ello posible, llama la atención que la referida desacumulación se haya dado recién a partir del año 2007, cuando el proceso penal tenía ya seis años de iniciado. De modo tal que es posible advertir que en el presente caso, la gran cantidad de imputados, elemento que incidió en gran medida en la complejidad del proceso, en realidad constituye una imputable al propio órgano jurisdiccional.[20]

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal identificó que se había producido una afectación del derecho al plazo razonable de duración de un proceso, reconocido como una garantía del debido proceso. Sin embargo, lo sorprendente fue el mandato ordenado para tutelar este derecho, el cual no consistió en otorgar al órgano jurisdiccional un plazo para la resolución de la controversia, sino en la exclusión del señor Chacón del proceso que se le seguía. Se trató de una decisión inédita, que confirmó la opción asumida por el Tribunal, o al menos por algunos magistrados, de dejar de lado los fundamentos constitucionales que sustentan la lucha contra la corrupción. De más está decir que, al igual que en los casos Wolfeson y Chacón, en esta decisión no existió referencia alguna a los tratados sobre corrupción ratificados por el Estado peruano.

La percepción de un Tribunal que se ha alejado de sus posiciones iniciales en torno a la importancia de la justicia constitucional para la lucha contra la corrupción debería variar a futuro, lo cual solo depende de la posición que asuman los nuevos magistrados que se incorporen a la institución.

---

20 Sentencia del Tribunal Constitucional 3509-2009-PHC/TC (caso Walter Chacón Málaga), publicada el 25 de noviembre de 2009 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz.

## 3. LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL PENAL: ANÁLISIS DESDE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Al inicio de este trabajo hemos señalado que la lucha contra la corrupción constituye una obligación del Estado, que se deriva de las normas constitucionales y de los tratados ratificados por el Perú. Respecto a estos últimos se debe considerar, asimismo, que conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados en vigor forman parte del derecho nacional, lo cual implica darle un valor jurídico a sus disposiciones, no pudiendo considerarlas simples normas de carácter declarativo o sin aplicación jurídica concreta en el ámbito nacional.

La utilidad de los tratados en materia de corrupción, desde un punto de vista constitucional, puede concretarse de dos formas. Por un lado, sirven como parámetro de referencia para analizar la constitucionalidad de las normas legales, lo que no implica otorgarles rango constitucional sino incorporarlos en el conjunto de normas que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad, dado que desarrollan la obligación constitucional de luchar contra la corrupción, a partir de lo cual pueda analizarse la compatibilidad con la Constitución de determinadas normas que, en un determinado sentido interpretativo, puedan resultar contrarias a la mencionada obligación. Por otra parte, los tratados sirven como parámetro para precisar el contenido de las normas de índole penal y procesal penal, en el marco de un proceso de integración normativa. A continuación, desarrollaremos estos temas a partir de casos concretos resueltos por el Tribunal Constitucional.

### 3.1. Análisis de constitucionalidad de normas jurídicas

Mediante la Ley 28568, publicada el 3 de julio de 2005 en el diario oficial *El Peruano*, el Congreso de la República modificó el artículo 47 del Código Penal, con el siguiente texto:

> Artículo 47: El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

> Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.

Esta modificación contemplaba la aplicación de la fórmula conocida como el «1 por 1» para el cómputo del plazo de detención efectiva como consecuencia de una sanción penal. Ante el rechazo ciudadano a la norma, que se percibió como un intento por facilitar la rápida excarcelación de las personas procesadas por los delitos de corrupción, un grupo de congresistas presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28568, la cual —a su vez— fue derogada rápidamente por el propio Congreso de la República, mediante la Ley 28577, publicada el 9 de julio de 2005, a fin de retornarse al sistema de cómputo previo.

A pesar de esta derogación, el Tribunal Constitucional decidió no declarar la sustracción de la materia sino pronunciarse sobre la norma impugnada, considerándola contraria a la Constitución. Así ocurrió mediante la sentencia 19-2005-PI, publicada el 22 de julio de 2005 en el diario oficial *El Peruano*. Con esta decisión, el Tribunal buscó dar en su momento un importante mensaje al país, cual era emitir una sentencia en la que se dejara en claro que frente a la intención del legislador de emitir normas que pudiesen favorecer a las personas procesadas o condenadas por actos de corrupción también era posible realizar un control constitucional. Estamos haciendo referencia, por cierto, a un momento de especial reconocimiento del Tribunal Constitucional peruano como actor esencial en el proceso de transición democrática y política, al que hicimos referencia en la sección anterior de este trabajo.

Aquí interesa hacer mención a los fundamentos del Tribunal relacionados con la obligación constitucional de luchar contra la corrupción, interpretada conforme con los tratados sobre la materia ratificados por el Estado peruano. En este sentido señaló:

> 47. [...] Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997, «[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; [...] la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de

> las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; [...]».
>
> Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental.

De esta manera, la invocación a los bienes jurídicos que sustentan la lucha contra la corrupción, mencionadas en el Preámbulo del texto de la Convención de Naciones Unidas, y que también constituyen bienes jurídico-constitucionales, formó parte de los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 28568.

## 3.2. Análisis de tipos penales

### 3.2.1. Falta de criminalización de determinadas conductas

Con relación a este tema, se puede mencionar la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de la nación contra la Ley 29703, por medio de la cual se modificó el artículo 400 del Código Penal, que regula el tráfico de influencias. La norma impugnada definía el mencionado delito de la siguiente manera: «El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público». Para la parte demandante, mediante la modificación efectuada por la ley impugnada se eliminaba toda referencia al tráfico de influencia aparente, y se mantenía la sanción penal únicamente para aquellos casos en que fueran reales.

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, el único argumento formulado contra esta norma se sustentaba en el artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el cual dispone que el tráfico de influencias puede ser real o supuesto:

> Artículo 18
> *Tráfico de influencias*
> Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
> a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;
> b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Para el Tribunal, este único argumento expuesto por la parte demandante resultaba insuficiente para analizar la constitucionalidad de la norma impugnada, por lo que reiteró que en los procesos de inconstitucionalidad la carga de los argumentos corresponde a la parte demandante. En este sentido señaló:

> [...] es doctrina consolidada de este Tribunal la exigencia a cargo de cualquiera de los sujetos legitimados en el proceso de inconstitucionalidad, de que al impugnar una norma con rango de ley, se identifique la disposición o las disposiciones de la Constitución que habrían resultado infringidas así como ofrecer los argumentos jurídico-constitucionales por los que se debería expulsar la norma impugnada del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se ha afirmado que «cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no solo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar» (STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 115).

De lo expuesto se concluye que el Tribunal, en un inicio, no aceptó como único argumento para analizar la constitucionalidad de una norma penal sobre delitos de corrupción la referencia a una discrepancia entre la norma impugnada y lo dispuesto en un tratado sobre corrupción ratificado por el Estado peruano.

A pesar de ello, el Tribunal reconoce que una norma penal puede ser contraria a la Constitución, no solo cuando constituye una intervención excesiva en los derechos de la persona, sino también cuando se produce lo que califica como una «infrapenalización de los delitos o una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueron afectados» (fundamento 35 de la sentencia). Sin embargo, reconoce que respecto a este tema es el legislador el llamado, en primer lugar, a tomar una decisión sobre las conductas que deben merecer sanción penal, no siendo suficiente invocar cualquier bien jurídico-constitucional para sustentar que la no penalización de una determinada conducta —como el tráfico de influencias aparente— resulta contraria a la Constitución. Precisamente, lo que el Tribunal cuestionó a la parte demandante fue que no presentó mayores argumentos al respecto, limitándose a invocar una contradicción entre la norma impugnada y la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción.

Sin embargo, el Tribunal procedió a contrastar ambas normas y llegó a la conclusión de que el tratado de Naciones Unidas sobre Corrupción obliga al Estado peruano a «considerar la posibilidad» de tipificar como delito el tráfico de influencias real y aparente, lo cual constituye una obligación de menor intensidad en comparación con otras disposiciones del tratado que sí lo obligan a adoptar determinados tipos penales, como el soborno de funcionarios públicos extranjeros (artículo 16), la desviación de bienes (artículo 17) y el blanqueo del producto del dinero (artículo 23). En este sentido, para el Tribunal no existe una obligación del Estado peruano de prever como delito el tráfico de influencias aparente, afirmación que no le correspondía llevar a cabo, por cuanto el propio Tribunal había afirmado que los argumentos relacionados con la inconstitucionalidad de la norma impugnada, relacionados con la sola invocación del tratado, no resultaban suficientes para realizar un análisis de constitucionalidad. Las dudas en torno a este aumentan cuando afirma lo siguiente:

> [...] en el presente caso se ha analizado la constitucionalidad de la despenalización de los actos de tráfico de influencias irreales, no habiéndose encontrado disconformidad con la norma constitucional. Sin embargo, de ello no se puede inferir de manera mecánica que el legislador esté prohibido de

> incorporarlo nuevamente al ordenamiento jurídico. Ello supondría un nuevo juicio de constitucionalidad sobre su criminalización, aspecto que no ha sido materia de demanda de inconstitucionalidad.

En este sentido, no queda clara la posición del Tribunal, pues en un primer momento afirmó que no bastaba invocar la discrepancia entre una norma del Código Penal y lo dispuesto en un tratado sobre corrupción para analizar si la primera resultaba inconstitucional, para finalmente señalar que la omisión del legislador de sancionar el tráfico de influencias simulado o aparente no resultaba inconstitucional porque del tratado de Naciones Unidas no se deduce una obligación al Estado peruano de tipificar penalmente dicha conducta.

### 3.2.2. Daño o perjuicio patrimonial al Estado

El artículo 3, inciso 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción señala lo siguiente: «Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado». Esta norma refleja la tendencia a favor de sancionar las conductas que implican actos de corrupción sin que ello se encuentre condicionado a la demostración de haberse ocasionado un perjuicio patrimonial al Estado.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de la nación contra la Ley 29703, por medio de la cual se modificó el artículo 384 del Código Penal, que regula el tipo penal de colusión, con el siguiente texto:

> 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.

A diferencia de la controversia jurídica sobre el tráfico de influencias aparente, aquí el Tribunal no precisa si los argumentos de la parte demandante resultaban suficientes para analizar la constitucionalidad de la norma impugnada. En todo caso, dado que en la sección sobre los antecedentes de la demanda se señala que el

fiscal de la nación sustentaba esta en los tratados sobre corrupción ratificados por el Estado peruano, puede deducirse que este fue el parámetro de control empleado por el Tribunal para analizar la constitucionalidad de la norma impugnada, lo que de alguna forma se ve confirmado con el siguiente fundamento de la sentencia, en el cual se señala:

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

Sobre la base de esta consideración, el Tribunal declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la modificación del Código Penal que incluía el criterio del perjuicio patrimonial como un elemento para tipificar el delito de colusión.

### 3.3. Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción

La persecución penal por parte del Estado es uno de los temas más tratados en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Dado los problemas estructurales por los que atraviesan los sistemas de administración de justicia, muchas veces estos delitos llegan a prescribir. Ante tal situación, una de las medidas previstas a nivel internacional lo constituye la necesidad de establecer plazos más amplios de prescripción con relación a los casos de corrupción. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas dispone lo siguiente en su artículo 29:

> Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

En la Constitución de 1993, el artículo 41 dispone que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, habiendo sido esta norma entendida como aplicable a los delitos sobre corrupción. Con relación a la institución de la prescripción, el Tribunal Constitucional ha señalado:

> [La prescripción] se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41, como en el artículo 139, inciso 13), de la Constitución. El primero prevé que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado; el segundo, que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de la cosa juzgada. Bajo el Canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción, se puede señalar que, en general, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado [...] En concordancia con la Constitución, el Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal.[21]

En atención a los serios problemas ocurridos en el país respecto a casos de corrupción y la ausencia muchas veces de una investigación y sanción efectiva por tales hechos, se han presentado propuestas de reforma constitucional orientadas a establecer una medida mucho más drástica, cual es la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. En el período legislativo 2006-2011 se presentaron diversos proyectos al respecto pero no fueron objeto de dictamen a nivel de comisiones.[22]

El cambio de Gobierno en el 2011 trajo consigo un nuevo debate sobre el tema, dado que fue una de las propuestas planteadas durante la campaña electoral. En este sentido, se presentaron diferentes proyectos orientados a modificar el artículo

---

21 Sentencia 7451- 2005-HC/TC, publicada el 5 de julio de 2006.

22 Se pueden revisar al respecto los proyectos 574/2006-CR, 953/2006-CR, 1082/2006-CR, 1567/2007-CR, 1954/2007-CR, 2400/2007-CR, 2415/2007-CR y 3711/2009-CR.

41 de la Constitución. Hasta la finalización del presente artículo no se habían alcanzado los votos necesarios en el Pleno del Congreso de la República para la aprobación de la reforma constitucional. Sin embargo, es interesante dar cuenta de la fórmula que fuera aprobada por la Comisión de Constitución y Reglamento, en la cual se plantea como modificación constitucional lo siguiente: «Los delitos graves contra el patrimonio del Estado así como los delitos graves de corrupción de funcionarios señalados por ley son imprescriptibles».[23]

Durante el debate de esta propuesta, en el Pleno del Congreso, se plantearon interesantes argumentos a favor y en contra. En este sentido, hubo congresistas que plantearon, antes que una reforma constitucional, una modificación del Código Penal, con miras a que los plazos de prescripción de los delitos de corrupción sean más amplios. En este sentido, el congresista Javier Bedoya de Vivanco señaló:

> Por eso, señor Presidente, somos de la opinión que compartiendo con las otras bancadas, —que han hecho el uso de la palabra en el curso de la mañana y en torno a este debate— compartiendo el fondo del tema, la intención de perseguir el delito y la corrupción, y hacer que los corruptos no se las vean fáciles con el transcurso del tiempo, y elevar los plazos de prescripción casi, casi a la extensión de más de una vida, —considerando el término normal de una vida 30 años— o sea extender los plazos de prescripción a 40 ó 45 años, cumple y alcanza perfectamente el cometido que estamos buscando, sin necesidad de ir a la modificación constitucional y sin equiparar esta persecución a la corrupción con los delitos que internacionalmente son los que han merecido que se les declare imprescriptible y que, repito, son delitos contra lesa humanidad y genocidio y crímenes de guerra.[24]

Si bien la propuesta de reforma constitucional no ha sido hasta el momento aprobada, del debate respectivo pueden plantearse algunos temas de interés. En primer lugar, si bien los tratados sobre corrupción no establecen la obligación de los

23 Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, del 4 de octubre de 2011, recaído en los proyectos de ley 79/2011-CR, 134/2011-CR, 150/2011-CR y 151/2011-CR, p. 23.

24 Diario de debates del Congreso de la República. Sesión del 10 de noviembre de 2011, pp. 82-83. Disponible en la página web del Congreso de la República del Perú.

Estados de establecer que estos delitos sean imprescriptibles, sí existe la obligación de establecer plazos de prescripción amplios. Si bien el actual artículo 41 de la Constitución señala que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, hemos señalado que los delitos de corrupción no necesariamente implican una afectación de carácter patrimonial, y que el citado artículo se refiere de modo general a un conjunto de delitos, sin mencionarse de forma expresa a los vinculados con casos de corrupción. En atención a esta situación, la reforma constitucional resulta necesaria para evitar dudas con relación a este tema. Sin embargo, el debate se genera cuando se plantea como alternativa reconocer constitucionalmente la imprescriptibilidad.

Respecto a este tema, se puede realizar un paralelo con lo que ocurre con la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de los derechos humanos. Dado que uno de los problemas más frecuentes en materia de judicialización de estos casos se presenta cuando el inicio o desarrollo de los procesos penales se demoran en el tiempo y dan lugar a la culminación de las correspondientes investigaciones por medio de la aplicación de la institución de la prescripción penal, se ha establecido como una norma en el derecho internacional que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles. Una muestra de ello lo constituye la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada en 1969 por Naciones Unidas.

Sin embargo, el reconocimiento de la imprescriptibilidad de las graves violaciones de los derechos humanos no es algo que se reconozca de forma unánime al interior de los Estados, que por lo general en su legislación penal y procesal penal no consagran una regla de este tipo. Muestra de ello son los diversos cuestionamientos que se han presentado en diferentes países contra la posibilidad de que no exista un límite a la potestad del Estado de investigar y sancionar penalmente estos graves delitos, a pesar de que instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado por considerar que carece de eficacia cualquier mecanismo —como por ejemplo la prescripción— que tenga por finalidad impedir que las autoridades jurisdiccionales del Estado se pronuncien sobre casos de genocidio, desaparición forzada de personas, torturas, entre otros crímenes contra la humanidad.

La Corte Constitucional de Colombia tuvo oportunidad de pronunciarse eespecíficamente sobre este tema, a partir del análisis de si la imprescriptibilidad de la acción penal resultaba un medio adecuado para lograr los fines propuestos (garan-

tizar la justicia y el derecho a la verdad) y si estos no se pueden satisfacer mediante mecanismos que afecten en menor medida los derechos de las personas inculpadas. En este sentido, apeló a las técnicas de la ponderación y al test de proporcionalidad para la resolución de esta controversia. Luego de efectuar su análisis concluyó lo siguiente:

> [...] frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas.[25]

A partir de esta decisión, la Corte Constitucional de Colombia estableció que el legislador se encuentra facultado para establecer normas internas que reconozcan la imprescriptibilidad de los delitos de desaparición forzada, opción que entendemos también corresponde aplicarse a los otros delitos que configuran una grave violación de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, la decisión sobre la imprescriptibilidad de determinados delitos puede analizarse a partir de la ponderación. En este sentido, corresponde determinar si la finalidad de la lucha contra la corrupción llega a ser de un nivel altamente exigible que implique dejar de lado la garantía de la prescripción como un mecanismo de defensa de la persona ante la persecución penal del Estado. A nuestra consideración, respecto a la lucha contra la corrupción no se presenta la misma situación de gravedad que en torno a las graves violaciones de los derechos humanos, por lo que en aquellos casos de graves actos de corrupción una opción más razonable sería establecer plazos más amplios de prescripción, tal como se propuso en su momento en el debate en el Congreso de la República.

---

25 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-580/02, del 31 de julio de 2002. Revisión de oficio de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

## 4. REFLEXIONES FINALES

La Constitución de 1993 no contiene una referencia directa al tema de la lucha contra la corrupción como política del Estado, como sí ocurre respecto al tráfico ilícito de drogas o la obligación de garantizar los derechos humanos. Sin perjuicio de ello, es posible afirmar que la lucha contra la corrupción constituye un objetivo que también cuenta con reconocimiento constitucional, en el entendido que los efectos de este flagelo generan un serio perjuicio para el respeto y garantía de valores y bienes jurídico-constitucionales indispensables para la vigencia efectiva de las normas constitucionales y los derechos fundamentales en ella reconocidos. En consecuencia, se trata de un objetivo que deberá ponderarse con otros bienes y derechos que cuentan con reconocimiento constitucional, en la perspectiva de buscar su armonización. Esta interpretación se ve fortalecida a partir de lo dispuesto en los tratados sobre corrupción ratificados por el Estado peruano, que reconocen los perjuicios que la corrupción genera en el ejercicio de los derechos fundamentales y en los sistemas democráticos.

En este sentido, la lucha contra la corrupción constituye una obligación del Estado, que se deriva de las normas constitucionales y de los tratados ratificados por el Perú. Respecto a estos últimos se debe considerar, asimismo, que conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados en vigor forman parte del derecho nacional, lo cual implica darle un valor jurídico a sus disposiciones, no pudiendo considerárseles normas de carácter declarativo o sin aplicación jurídica concreta en el ámbito nacional.

La utilidad de los tratados en materia de corrupción, desde un punto de vista constitucional, puede concretarse de dos formas. Por un lado, sirven como parámetro de referencia para analizar la constitucionalidad de las normas legales, lo que no implica otorgarles rango constitucional sino incorporarlos en el conjunto de normas que forman parte del denominado «bloque de constitucionalidad», dado que desarrollan la obligación constitucional de luchar contra la corrupción, a partir de lo cual pueda analizarse la compatibilidad con la Constitución de determinadas normas, como ocurrió en el caso de la Ley 28568, que estableció la regla del «1 por 1» para el cómputo del plazo de detención efectiva como consecuencia de una sanción penal y que fue expulsada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, los tratados también sirven como parámetro para precisar el contenido de las normas de índole penal y procesal penal, en el marco de un proceso de integración normativa, como ocurrió en la sentencia del Tribunal sobre la no criminalización del tráfico de influencias aparente o sobre la ausencia del daño o perjuicio patrimonial al Estado para calificar un acto como delito de corrupción. Similar empleo de tales tratados debe estar presente en el debate sobre la reforma constitucional para declarar la imprescriptibilidad de los graves delitos de corrupción.

# Colaboradores

### Renata Bregaglio Lazarte

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derechos Humanos por la misma casa de estudios. Magíster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP. Coordinadora del Área Académica del IDEHPUCP.

### José Antonio Caro John

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Comparado y doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Fundador del Estudio Caro John & Chocano Abogados.

### Rafael Chanjan Documet

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Alumno de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Granada (España). Adjunto de docencia del curso Temas de Derecho Penal de la PUCP.

### Erick Guimaray Mori

Abogado por la Pontifica Universidad Católica del Perú. Alumno de la Maestría de Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad en la Universidad de Cádiz (España). Adjunto de docencia del curso Seminario de Derecho Penal y Procesal Penal de la PUCP.

### Luis Huerta Guerrero

Abogado y magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Maestría en Derecho Constitucional en la misma casa de estudios.

### Yvan Montoya Vivanco

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP. Coordinador del Proyecto «Anticorrupción» del IDEHPUCP.

### Yvana Novoa Curich

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de docencia del curso Derecho Penal 1 en la misma casa de estudios. Asistente 1 del proyecto «Anticorrupción» del IDEHPUCP.

### Raúl Pariona Arana

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster y doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania). Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado del Estudio Benites Forno & Ugaz.

### Julio Rodríguez Vásquez

Alumno de décimo primer ciclo de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de docencia del curso Derecho Penal 1 de la misma casa de estudios. Asistente 2 del proyecto «Anticorrupción» del IDEHPUCP.

### José Ugaz Sánchez-Moreno

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la misma casa de estudios. Ex Procurador (Ad Hoc) de la República. Socio fundador del Estudio Benites Forno & Ugaz.

### Luis Vargas Valdivia

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex Procurador Adjunto (Ad Hoc) de la República. Socio del Estudio Benites Forno & Ugaz.

# LECTURA Nº 06

# TEMA I

## TEMA N°. 1

## Criterios objetivos para diferenciar el tipo penal de colusión ilegal y negociación incompatible

Qué criterios deben tomarse en consideración para distinguir entre los delitos de colusión desleal y negociación incompatible y evaluar su concurrencia, de ser así ¿se trataría de un concurso ideal de delitos o un concurso real de delitos, o se trata de un concurso aparente de leyes?

**Primera Posición:**

La primera posición parte por reconocer la ausencia de nexos comunicantes entre los tipos penales de colusión desleal y negociación incompatible que permitan calificarlos como tipos penales autónomos y, por lo tanto, permitan sostener la posibilidad de formular imputaciones conjuntas.

**Segunda Posición:**

Una segunda postura plantea la imposibilidad de proponer imputaciones conjuntas por delitos de colusión desleal y negociación incompatible, en cuya virtud debe optarse por establecer cuál de los tipos penales resulta aplicable al caso concreto, permitiéndose, en todo caso, la formulación de imputaciones alternativas.

**Fundamentación:**

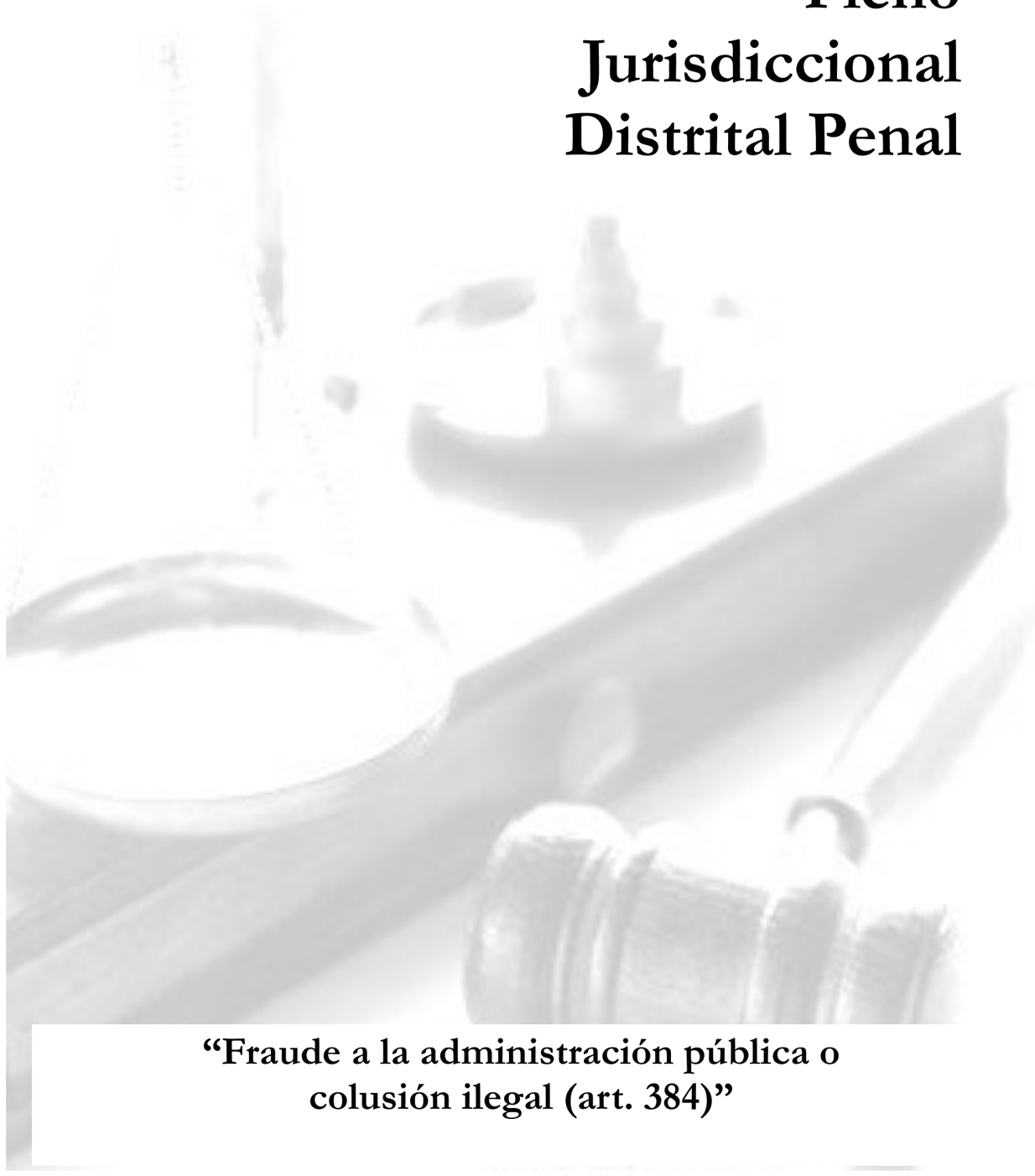
La tipificación del tipo de colusión ilegal (art. 384 del CP) y su similitud con el tipo penal de negociación incompatible (art. 399 del CP), vienen produciendo gran confusión en los operadores de justicia penal que se enfrentan a la labor de subsunción del tipo penal. Este problema resulta más álgido si se tiene en consideración que los marcos punitivos se encuentran claramente diferenciados (en la colusión la pena privativa de libertad fluctúa entre los tres a los quince años de pena privativa de libertad, en la negociación incompatible la pena privativa de libertad fluctúa entre los cuatro a los seis años).

Frente a esta similitud, corresponderá al operador de justicia penal determinar, (i) si se tratan de delitos compatibles, en cuyo caso podría un solo hecho motivar la formulación de imputación por los dos tipos penales; o, (ii) si se tratan de delitos incompatibles, no sería posible atribuir los dos tipos penales cuando se trata de una sola conducta. La solución a esta controversia pasa por establecer el tipo de relación existente entre ambos tipos penales.



| N° | DOCUMENTOS DE TRABAJO<br>TEMA 1 | PAG. |
|---|---|---|
| **1.** | ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano". Lima, 2ª ed., Palestra, 2001, pp. 260 – 272. | 19 |
| **2.** | ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano". Lima, 2ª ed., Palestra, 2001, pp. 444 – 460. | 35 |
| **3.** | GARCÍA CAVERO, Percy – CASTILLO ALVA, José Luis: "El delito de colusión". Lima, editorial Grijley, 2008, pp. 23 – 40. | 55 |
| **4.** | MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte especial. Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2001, pp. 973 – 980. | 77 |
| **5.** | ROJAS VARGAS, Fidel: "Delitos contra la administración pública". Lima, 4ª ed., Grijley, 2006, pp. 239 – 250. | 89 |
| **6.** | ROJAS VARGAS, Fidel: "Delitos contra la administración pública". Lima, 4ª ed., Grijley, 2006, pp. 443 – 453. | 105 |
| **7.** | VIVES ANTON, T.S: Derecho penal. Parte especial. Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2001, pp. 713 – 721. | 119 |

# Pleno Jurisdiccional Distrital Penal



## “Fraude a la administración pública o colusión ilegal (art. 384)”


- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. .Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. Lima, Ed. Palestra, año 2001, pp. 260—272.

En cuanto a las posibilidades del CONCURSO, hay que tener en cuenta varias cosas. En primer lugar hay diferencia con la "concusión" por la especialidad: en la exacción no hay constreñimiento grave; sólo se exige o se usa engaño para que otro pague o entregue bienes de carácter económico. Además, en la concusión se exige usualmente a título personal (salvo la interpretación que se dé al elemento "otro"), mientras que en la exacción se exige mayormente a favor de la administración pública.

Con la "estafa", la diferencia estriba en que las "exacciones" constituyen una "tentativa" cuando se realizan a través de la modalidad de "engaño" y no se llegara al pago efectivo. Hay un adelantamiento del Derecho penal a favor del patrimonio privado. Si se produjera un perjuicio patrimonial, la "estafa" consumirá, por su gravedad, a las exacciones, pues en caso contrario, el funcionario se vería privilegiado injustamente con la simple aplicación del tipo penal menos grave de "exacciones"[609].

Con el "cohecho" se distingue por la ausencia de "contractualidad" o, como dice la doctrina española, de "finalidad", pues en la modalidad de "solicitar" del "cohecho", la conducta del funcionario siempre va unida a un ofrecimiento de venta de la función pública; en las "exacciones ilegales", en cambio, no debe existir esta contrapartida[610].

### 3.2.5 Fraude a la administración pública o colusión ilegal (art. 384)

*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*

---

609. ETXEBARRIA, en ASUA (comp.), *Delitos contra la Administración pública*, p. 227.

610. ETXEBARRIA, en ASUA (comp.), *Delitos contra la Administración pública*, p. 226; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, p. 1907.

*intervenga por razón de su cargo o comisión especial, defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesadas en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.*

Como fuente se tiene el ya derogado art. 400 del antiguo C.P. español; el C.P. argentino desconoce esta figura. El nuevo art. 436 C.P. español de 1995 emplea una técnica diferente, pues renuncia conscientemente al sistema de *numerus clausus* (empleado en el C.P. derogado) al describir expresamente las modalidades de contratación pública, ampliando así el campo de acción del tipo[611].

Por otro lado hay que decir que aquí se nota la pésima técnica del legislador penal peruano, quien "inspirándose" en distintos modelos extranjeros, los ha recepcionado en el C.P. peruano sin ningún análisis previo, simplemente mezclándolos. En efecto, si para tipificar los delitos contra la administración pública se seguía, de manera general, el modelo argentino y ya se había previsto bajo el grupo de delitos de "corrupción de funcionarios" a la "negociación incompatible" (art. 397), ¿por qué prever la figura española de "fraudes a la administración" en el art. 384? Son figuras muy similares y deberían excluirse una a la otra.

El OBJETO del bien jurídico directamente atacado aquí tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el *patrimonio administrado por la administración pública* en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado[612]. También interesa proteger la *legali-*

611. Al respecto, Etxebarría, en Asúa (comp.), *Delitos contra la Administración pública*, p. 206, 212 y ss.; Morales Prats/Rodríguez Puerta en Quintero, *Comentarios*, 1996, p. 1904 y ss.; Muñoz Conde, p. e., p. 877 y s.

612. De manera similar se refieren al "acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas", Morales Prats/Rodríguez Puerta.





*dad del ejercicio funcional*. Y por último, como la colusión del funcionario usualmente tendrá por motivación un soborno, también se quiere mantener el *carácter público* de la función.

En cuanto al *NOMEN JURIS* de este delito, se ha impuesto en nuestro medio el término "colusión ilegal" en razón de la conducta del funcionario. Sin embargo, si tenemos en cuenta que, debido a las características de la función pública, el funcionario no debe nunca coludirse con los privados, resulta repetitivo decir "colusión ilegal". El mismo argumento es válido para el término "colusión defraudatoria"[613]. En cambio es más descriptivo de la conducta ilícita el elemento "fraude", si bien, a diferencia de las defraudaciones comunes (de las que también puede ser víctima la administración pública), aquí ella se produce en el marco del desempeño de la actividad funcional. Por eso, siguiendo en algo al Derecho español ("fraudes contra el Estado"), el término más adecuado para denominar esta figura debería ser "fraude a la administración pública". Además el tipo delictivo debería estar ubicado en un título aparte, pues no tiene nada que ver con la "concusión" ni tampoco, en realidad con el "cohecho" (no exige probar una contraprestación al funcionario).

Los elementos típicos son los siguientes:

– El SUJETO ACTIVO es un "funcionario público" con la *función específica* de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito, tanto en el momento de la contratación como en el de la ejecución y ampliación, lo cual deberá determinarse con ayuda de las leyes administrativas que regulen las actividades públicas[614]. Así, si el funcionario cometiera

en Quintero, *Comentarios*, 1996, p. 1904; Carlos Mir se refiere al "patrimonio público", p. 335.

613. Empleado por Fidel Rojas conjuntamente con el de "colusión ilegal"; 1ª ed., p. 176 y 207; 2ª ed., p. 206, 239 respectivamente.

614. Similar interpretación en la doctrina española: ver Carlos Mir, p. 336.

el delito en un proceso de licitación supervisado por otro funcionario (sin conocimiento de éste), no cometerá el delito de "fraude a la administración pública", sino el de "usurpación de funciones" del art. 365 o de "patrocinio ilegal" del art. 385. No es imprescindible que el funcionario forme parte del ente público al que quiere defraudar[615].

Por cierto que este principio es quebrantado luego por el art. 386, el cual extiende la autoría a los "peritos", "árbitros" y "contadores" particulares, y a los "tutores", "curadores" y "albaceas".

SUJETO PASIVO es, según el tipo penal, "el Estado o entidad u organismo del Estado". Esto involucra no solamente a la administración del poder ejecutivo, sino a todos los demás poderes del Estado y a los otros gobiernos locales y regionales; todos los cuales forman parte de la estructura estatal[616].

– COLUSIÓN. Se trata aquí de un sinónimo del término *concertación* y consiste en ponerse de acuerdo subrepticiamente con los interesados en lo que la ley no permite. Esta concertación es en principio lícita, pues ésa es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la administración pública. Por eso, para ser indebida y penalmente relevante, esta "colusión" debe contener el elemento de "fraude" que se analiza a continuación. Debe constituir una "privatización" de la actividad funcional del sujeto activo; en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los interesados privados y a sí mismo.

Ahora bien, el término "concertación" implica mucho más que "convenio" o "contrato"; para que se dé basta cualquier conducta

615. Cfr. Carlos Mir, p. 336.

616. Igual, Fidel Rojas, 1ª ed., p. 210; 2ª ed., p. 242.





del funcionario *destinada a* ponerse ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en el contrato o acto que se quiere celebrar o se ha celebrado (lícitamente) con la Administración pública. P. ej. elevar el precio de la contraprestación privada, aceptar bienes de menor calidad, otorgar un reintegro a los privados, etc.; todo esto, sin que estos beneficios privados estén realmente justificados.

La "concertación" solamente puede realizarse de manera *comisiva*. No es posible una "concertación" o colusión defraudatorias mediante "omisión". La omisión de denunciar actos ilegales de un funcionario colega no es por sí misma una concertación; aquí es posible un delito de abuso de autoridad omisivo (art. 377). Pero, en algún caso, ese silencio podría constituir un acto concluyente positivo (dejar dolosamente que el otro funcionario realice las actividades ilícitas); en ese caso ya no habrá omisión, sino comisión.

Otras maniobras fraudulentas que no impliquen "colusión" están excluidas del tipo penal analizado. P. ej. es imaginable que el funcionario público, sin concertación con los interesados (o sin que ello pueda probarse) defrauda al Estado. Por eso, el tipo penal español correspondiente, además de la modalidad de "concertación", prevé la de "usar cualquier otro artificio para defraudar al Estado"[617].

– En los CONTRATOS, SUMINISTROS, LICITACIONES, CONCURSO DE PRECIOS, SUBASTAS u OPERACIONES SEMEJANTES. Con los términos "contratos" y "suministros" el tipo penal sitúa el *marco* en el cual se va a cometer la conducta defraudatoria del sujeto activo; en última instancia: en cualquier proceso de contratación pública o privada en la cual una de las partes sea cualquier órgano de la administración pública, y donde esté involucrado el patrimonio del Estado. P. ej. los contratos de concesión de obras, de gestión de servicios públicos, de realización de suministros.

617. Al respecto ver Morales Prats/Rodríguez Puerta, en Quintero, *Comentarios*, 1996, p. 1905.

Al mencionar "licitaciones", "concursos de precios" y "subastas", el tipo penal se refiere a "procesos de competencia" reglados, de los cuales va a surgir un contrato entre la administración y el que obtenga la buena pro. Al respecto, debe tenerse en cuenta la "Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado" (Ley 26850) y su reglamento (D. S. 039-98-PCM y sus modificaciones). Con esto el tipo penal parece querer anticipar la intervención penal a actos defraudatorios realizados *antes* de la contratación misma. No obstante, más adelante, el propio tipo penal delimita la acción típica a momentos que solamente pueden referirse a la contratación misma o a la ejecución del contrato ya celebrado. Por lo tanto, la mención expresa de estas modalidades era superflua.

El tipo se refiere también a *cualquier otra operación semejante*. Con ello alude a actividades que no impliquen "contrato" en el sentido jurídico. P. ej. expropiaciones, diverso tipo de negociaciones internacionales (p. ej., renegociación de la deuda), indemnizaciones, operaciones tributarias, etc.

– DEFRAUDACIÓN. La concertación debe darse de manera "fraudulenta", es decir mediante maniobras de engaño, dando la apariencia de actitudes legítimas, ocultando los hechos a la otra parte, etc. El funcionario podrá "concertar" con las partes privadas, si esto corresponde a su función pública, p. ej., cuando hay que renovar un contrato, hacer un ajuste, controlar el ingreso de los bienes adquiridos, etc. Pero habrá fraude cuando, violando sus deberes, lo hace de manera oculta y perjudicial para los intereses de la administración.

En el fraude se manifiesta el "perjuicio patrimonial" potencial o real para la administración[618]. No puede haber "fraude" si este perjuicio no formara parte de la concertación, por más que ésta sea indebida. Pero esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume. El tipo penal mismo dice que ese "fraude" debe consistir en la concertación ilegal misma; es decir en la *concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública*. En cambio, en el caso de un abogado, regidor al mismo tiempo de un Municipio, que recibe el encargo de los personeros legales de este municipio de llevar un juicio civil de éstos por el cual recibió un adelanto de dinero, no puede haberse cometido un delito de "fraude a la administración pública", pues no estaba en juego el patrimonio de la administración sino solamente había una celebración de un contrato de servicios profesionales (E. S. de 22-05-1960)[619]. Algo similar ocurriría en el caso del alcalde y dos regidores que intervinieron como miembros de una asociación de vecinos en la contratación con empresas privadas para obras de electrificación (E. S. de 31-10-1997, exp. N.° 3538-96, Lambayeque)[620], siempre y cuando, por cierto, a través de la contratación no haya efectos para la administración pública (p. ej., que ella haya pagado las obras) y el procedimiento de contratación privada de dichas obras esté permitido por las leyes.

Aunque el tipo penal no lo dice expresamente, la "concertación" efectuada por el funcionario con los particulares interesados tiende ciertamente a otorgar un beneficio propio al funcionario y a los interesados. Así parece exigirlo también la jurisprudencia nacional, la cual en algún momento ha manifestado que, además de un sujeto activo funcionario público que actúa por razón de su cargo, en concierto con la parte interesada, también sería un presupuesto del delito el "beneficio propio" (E. S. de 12-05-1995)[621]. No obstante, como esta figura constituye un adelantamiento del Derecho penal en relación con las figuras de "cohecho", el tipo

618. Similar, Fidel Rojas, 1ª ed., p. 210; 2ª ed., p. 242.

619. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1960, Lima, p. 938.

620. Citado por Fidel Rojas, 1ª ed., p. 234 y s.; 2ª ed. 266 y s.

621. Citada por Rojas Pella, p. 237.

penal no tiene por qué exigir la prueba de este "beneficio propio". Solamente se necesita la prueba de la "defraudación". Luego, habrá delito aún si se comprobara que el funcionario había coludido a título gratuito con los interesados; o que éstos no hubieran ganado económicamente con la concertación ilegal, sino solamente querían evitar pérdidas.

– CONVENIOS, AJUSTES, LIQUIDACIONES o SUMINISTROS. La concertación debe versar sobre lo que se acuerde en el acto jurídico en el que interviene el funcionario. P. ej. el precio o la calidad de los productos, el monto adeudado, las cantidades que deben suministrarse, etc. Pero debe notarse que se trata siempre de colusiones *en un momento en que los privados ya han obtenido la posibilidad de contratar con la administración, o, luego de haber contratado con ésta, están ejecutando o prorrogando el contrato*. Luego, no se trata de los momentos previos a esta contratación, como p. ej. los concursos públicos para contratar, las tratativas previas, etc.

En el caso de las licitaciones, p. ej. el funcionario puede cometer el delito, si durante la suscripción del contrato (después de obtener la buena pro), sin justificación alguna permite cláusulas favorables para el ganador; o después, cuando permite una prórroga injustificada, o un ajuste ilegal de la contraprestación (p. ej. fingiendo elevación de costos), o una contraprestación de menor calidad que la pactada. O cuando, luego de ganado el concurso público, la empresa realiza suministros de menor calidad o cantidad, a sabiendas del funcionario; p. ej. alimentos descompuestos para la tropa, chalecos antibalas de menor grosor que el pactado (en probable concurso con delitos contra la vida), leche mezclada con harina para un programa de ayuda a los pobres (en concurso con delitos contra la salud pública o, incluso, contra la vida), etc.

En la jurisprudencia nacional también se ha aplicado esta figura, aunque con confusiones terminológicas debido a su ubicación como modalidad de "concusión". Así, en una reducción del





alquiler a un restaurante por el inmueble que ocupaba y que era propiedad de la municipalidad se estimó que no había delito de "concusión" (fraude a la administración pública) debido a la existencia de informes previos, de un procedimiento dentro de las facultades del funcionario, de una notificación coactiva posterior y de una falta de perjuicio para la municipalidad (E. S. de 14-05-1998, exp. N.° 4174-97, Lima)[622]. Otro caso de "fraude a la administración pública" es el del subdirector de un colegio nacional que celebra contratos de adquisición de bienes sin convocar a licitación pública o concurso público (E. S. de 15-04-1993, Normas Legales, mes de noviembre 1995, p. J-45); o cuando el Director y el Subdirector de un Colegio nacional no solamente no convocan a licitación para adquirir bienes, sino tampoco supervisan la entrega de los bienes convenidos (E. S. de 18-04-1994, exp. N.° 143-93, Ica)[623]; o incluso el famoso caso de la condonación de deudas al Estado hecha por Ministros mediante Decreto Supremo a empresas que defraudaban al Estado (caso de "La Brea y Pariñas"; E. S. de 15-04-1975)[624].

– TIPO SUBJETIVO. Se exige *dolo directo*. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer los elementos "concertar", "ilegalidad" y "fraude"; elementos todos ellos que describen claramente la intencionalidad del sujeto activo[625]. No es elemento del tipo el "ánimo de lucro" propio o ajeno, aunque normalmente éste estará presente en el sujeto activo y sus colaboradores[626].

622. Citado por Fidel ROJAS como caso de "concusión", aunque los hechos se refieren a uno de "colusión" (fraude a la administración pública). 1ª ed., p. 233; 2ª ed. p., 265.
623. Citado por Fidel ROJAS, como caso de "colusión defraudatoria"; ver 1ª ed., p. 237 y s.; 2ª ed., p. 267 y s.
624. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1975, Lima, p. 879.
625. Similar, Fidel ROJAS, 1ª ed., p. 214; 2ª ed., p. 247.
626. Cfr. Carlos MIR, p. 340.

Por esto mismo, y también porque la "concertación" solamente describe una acción positiva, no es posible la modalidad "omisiva"[627].

Los particulares intervinientes son "partícipes necesarios", cuya conducta por sí sola (o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión) es impune; no pueden ser considerados PARTÍCIPES de este delito[628]. Para serlo (al igual que los demás funcionarios intervinientes) tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor, lo cual parece ser difícil de constatar a excepción de los actos de "instigación" (si hicieran surgir la idea criminal en el funcionario). Por lo demás, de probarse un acto de "compra-venta" sería posible aplicar la figura de "cohecho activo" en el particular (art. 399).

Por otro lado, la simple calidad de funcionario público y la omisión de denunciar no constituyen por sí mismos delito de "colusión", pero sí podrían constituir un delito específico de "omisión de denunciar" si lo hubiere (en el caso peruano, no lo hay con carácter general).

También en la jurisprudencia nacional se dio el caso de un administrador que no participó ni tuvo poder de decisión alguno en la celebración de un contrato defraudatorio para la administración, sino que éste fue hecho por la gerencia general (E. S. de 20-03-

627. Inexplicablemente admite Fidel Rojas la "omisión" con "dolo eventual" en este tipo; 1ª ed, p. 214; 2ª ed., p. 247.

628. El mismo razonamiento en Morales Prats/Rodríguez Puerta para el tipo español de "fraude a la Administración pública" (art. 436), criticando la antigua jurisprudencia española que a pesar de todo reprimía de manera atenuada al particular como "cooperador necesario" (complicidad primaria); ver en Quintero, *Comentarios*, 1996, p. 1906. La solución que estos autores plantean a la impunidad del particular, a través del tipo penal de "tráfico de influencias", no es aplicable según el correspondiente tipo penal peruano que reprime solamente a quien "vende" la influencia que tiene ante un funcionario, no al que la aprovecha.





1998, de conformidad con el dictamen fiscal, exp. N.° 1522-97, Lima)[629].

Para la doctrina, por lo general, es un delito de "peligro" (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de MERA ACTIVIDAD donde no sería posible la tentativa, pues antes de la "concertación" no habría aparentemente nada. El delito se consumaría con la simple "colusión" o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario[630]. Solamente se necesitaría la "idoneidad" del acto de colusión.

No obstante, es imaginable que se den actos previos destinados a llegar a una concertación, que pueden ser abarcados como TENTATIVA; p. ej. el funcionario cita a una de las partes para llegar a un "arreglo" y todos se reúnen en un lugar determinado.

Problemas de CONCURSO podrían producirse en el caso del art. 241, numeral tres: *fraude en concursos, subastas y licitaciones públicas*. En este supuesto, los competidores, dando una apariencia de estar compitiendo, se coluden e influyen de antemano en el resultado del concurso; y esto lo pueden hacer a sabiendas y con participación del funcionario encargado de controlar el proceso. Sin embargo, si se mira con exactitud, este supuesto es distinto del art. 384 por el "momento de su realización"[631]. En el "fraude a la admi-

629. Citado por Fidel Rojas, 1ª ed., p. 234; 2ª ed., p. 266.

630. Así también en España, Morales Prats/Rodríguez Puerta, en Quintero, *Comentarios*, 1996, p. 1905 y s.; Muñoz Conde, p. e., p. 878; Carlos Mir, aunque exigiendo un "acuerdo efectivo" para la consumación, p. 337. En cambio, Fidel Rojas exige la producción del "resultado", ver 1ª ed., p. 214; 2ª ed., p. 247.

631. Esta característica suele ser pasada por alto en la doctrina nacional que cree posible un concurso entre ambas figuras; ver Fidel Rojas, 1ª ed., p. 210; 2ª ed., p. 242. El tipo penal peruano es distinto de su supuesta fuente española (art. 436 C.P. de 1995), la cual por su descripción típica no limita el momento de comisión de la acción "colusoria" del funcionario público. En cambio,

nistración pública" (o "colusión ilegal") el funcionario se colude con las partes que ya han ganado el concurso o contratado con el Estado; en el "fraude de concursos, subastas y licitaciones", el funcionario se colude con las partes antes o durante el proceso previo a la obtención de la "buena pro". No podrá haber concurso entre ambos delitos. Luego, el funcionario que participa en el "fraude a la administración pública" (art. 241, numeral 3), no habrá cometido delito de "fraude a la administración pública", sino el primer delito en grado de participación, además de otros delitos funcionales como "abuso de autoridad" y "cohecho pasivo"[632].

Por lo demás, si se comprobara la "contractualidad" y el pago de sobornos con cargo al patrimonio del particular, habrá concurso real con el *cohecho activo y pasivo*; no lo habrá si el pago del soborno se hiciera a la manera de una participación en la ganancia derivada del perjuicio patrimonial de la administración pública[633]. No podrá haber concurso con la "concusión" o "exacciones ilegales", pues por su propia definición estas figuras precisan unilateralidad y no "colusión"[634].

Con los delitos de *falsificación documental* puede presentarse el concurso si se empleara una documentación fraguada, y con la "*estafa*" podría darse algún tipo de concurso, si se llegara por lo menos a la "disposición patrimonial" de la administración (tentativa de estafa) o a la producción efectiva del perjuicio patrimonial (estafa consumada)[635].

---

el art. 400 del C.P. español derogado sí era similar al peruano actual y había sido interpretado también de manera similar a la que doy aquí al art. 384 C.P. peruano; sobre esto ver Orts en Cobo/Vives y otros, p. 497.

632. Ver ya antes Abanto Vásquez, *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 85 y s., 93 y s.

633. Cfr. Carlos Mir, p. 341.

634. Fidel Rojas sí admite el concurso: 1ª ed., p. 216; 2ª ed., p. 249.

635. Muñoz Conde, p. e., p. 878. Se discute si el "concurso" sería un "concurso ideal" o un "concurso aparente de leyes", ver las distintas posiciones en Carlos Mir. Me parece más coherente la tesis del "concurso ideal", pues están involucrados bienes jurídicos distintos.





Es difícil admitir aquí una CAUSA DE JUSTIFICACIÓN propia de estos delitos. Se dice p. ej. que podría admitirse la "ligereza inexcusable" o la "obediencia debida" en los funcionarios jerárquicamente inferiores[636]. El primer caso no es, sin embargo, ninguna causa de justificación. La conducta del funcionario es atípica, pues el tipo no prevé las conductas culposas. El segundo supuesto sí podría ser admitido.

La PENALIDAD es considerablemente mayor que en los demás delitos. Ello es comprensible, pues el funcionario público no solamente abusa de sus funciones e infringe las obligaciones propias, sino también tiende a perjudicar patrimonialmente a la administración.

### 3.2.6 Patrocinio ilegal ante la administración pública (art. 385)

*Artículo 385.- El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.*

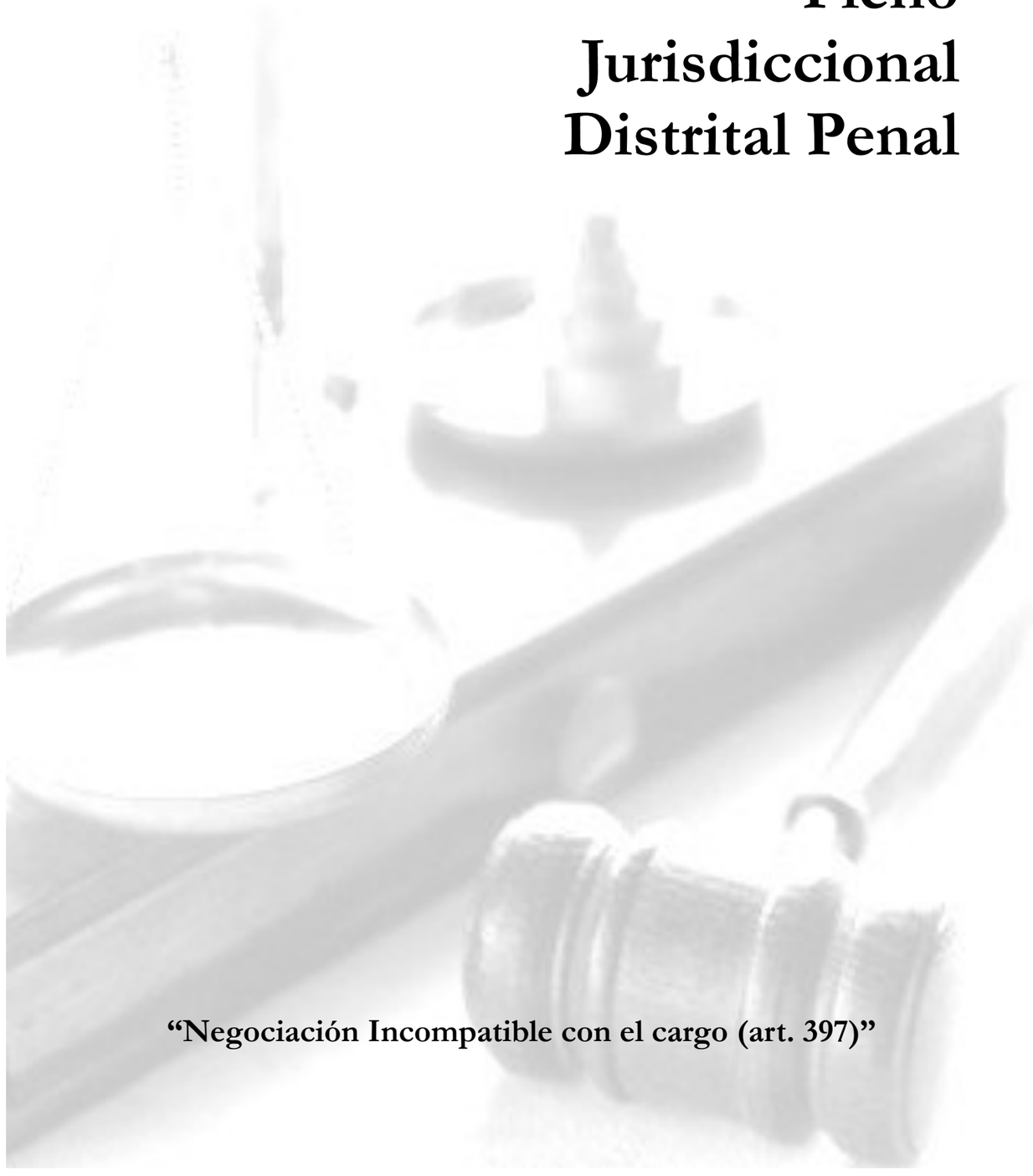
Esta figura es novedosa en el C.P. peruano. No existe en la fuente argentina. Probablemente provenga del art. 321 C.P. brasileño, 324 C.P. italiano, y del art. 157 C.P. colombiano[637]. Pero el tipo penal colombiano es muy peculiar y más bien se dirige expresamente a patrocinios referidos al ejercicio de la abogacía, la cual está prohibida legalmente en Colombia para cualquier funcionario

---

636. Fidel Rojas, 1ª ed., p. 215; 2ª ed., p. 248.

637. Fidel Rojas, 1ª ed., p. 219, 2ª ed., p. 251.

# Pleno Jurisdiccional Distrital Penal



## “Negociación Incompatible con el cargo (art. 397)”


- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. .Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. Lima, Ed. Palestra, año 2001, pp. 444—460.

B, lo cual permite además un manejo más flexible de las "inhabilitaciones", pues estas disposiciones, a diferencia del art. 426, permiten la aplicación de cualquier tipo de inhabilitación y no limitan la duración de la medida a un marco de uno a tres años. En este caso, debe regir también el art. 39, es decir, la "inhabilitación" que se imponga al abogado será "accesoria" (como "abuso de profesión") y su tiempo de duración será igual que el tiempo de la pena principal.

### 3.4.11 Negociación incompatible con el cargo (art. 397)

> *Artículo 397.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.*
> *[Texto modificado por la ley 27074 de 26-03-99: introdujo el término "indebidamente"]*

Esta figura es muy similar a otro tipo penal ya previsto en el C.P. como una modalidad de "concusión": el "fraude a la administración pública" (también llamado "colusión ilegal") del art. 384. Aquí se trata ahora de una modalidad de cohecho, lo cual no resulta pertinente, pues, como ya se dijo, el cohecho presupone una "contraprestación", mientras que este tipo del art. 397 no debería exigirla.

La fuente es indudablemente argentina (art. 265 C.P., primer párrafo, C.P. de 1922), pero allí se trata a esta figura en un capítulo independiente dedicado a las "negociaciones incompatibles" y, por otro lado, no se tiene allá un tipo penal de "patrocinio ilegal" como el que existe aquí en el art. 385 C.P., ni tampoco se tiene un tipo penal específico de "exacción ilegal" del funcionario que intervenga en contratos, suministros, concursos públicos, etc., tal como existe en el art. 384 C.P. peruano. Evidentemente, estas realidades lega-

los no fueron tomadas en cuenta por nuestro legislador, quien irreflexiva y asistemáticamente introdujo tipos penales guiándose por fuentes extranjeras.

Los elementos típicos del tipo básico argentino sobre "negociaciones incompatibles" –con algunas diferencias– son casi idénticos a los del tipo penal peruano, incluyendo la penalidad: 6 años de *máximum* más inhabilitación absoluta en el tipo argentino y 5 años en el peruano, sin inhabilitación. Además, la fuente argentina prevé una cláusula de extensión de la autoría a los peritos, árbitros, etc., la cual nuestro legislador ha trasladado a los delitos de concusión (art. 386). El art. 345 del C.P. peruano de 1924 era mucho más fiel a la redacción argentina; y también evitaba las incongruencias del actual.

También el C.P. colombiano, en el art. 145 prevé una figura similar conocida como "interés ilícito en la celebración de contratos", aunque allí el legislador ha procedido de manera más sistemática y lógica, incluyendo el tipo penal en el capítulo "celebración indebida de contratos", junto los tipos penales de "violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades" (art. 144) e "inobservancia de los requisitos legales para contratar" (art. 146). Por cierto que el C.P. colombiano evita la superposición de tipos penales, pues no prevé, como el peruano, las figuras de "patrocinio ilegal" ni de "fraude a la administración pública".

Igualmente puede tomarse como fuente al art. 401 del C.P. español ya derogado (texto refundido en 1973), el art. 324 del C.P. italiano de 1830 (artículo derogado en 1990), y sobre todo el art. 175 del C.P. francés de 1810[1086]. El nuevo C.P. español posee un supuesto similar al peruano denominado "negociación y actividades prohibidas al funcionario público" en el art. 439, y una cláusula

1086. Ver sobre el origen de este tipo penal el análisis de Fidel ROJAS. 1ª ed., p. 410; 2ª ed., p. 444.





de extensión de la autoría a los "peritos, árbitros y contadores partidores" en el art. 440. A diferencia del nuevo texto legal español, el art. 401 del C.P. español antiguo se aproxima mucho más al tipo penal peruano[1087].

En cuanto al OBJETO del bien jurídico, aquí salta a la vista que ha habido un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir (mediante una *figura de peligro*) que el funcionario atente contra el "patrimonio estatal" aprovechándose de la función pública[1088]. Es así que esta figura supone, en gran parte, una conducta previa al "fraude a la administración pública". En ambos casos, el funcionario atenta contra el correcto funcionamiento de la administración pública a través de una violación de la *imparcialidad* que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato u operación económica representando los intereses de la administración pública[1089]. Otros autores buscan concretar el

1087. El art. 401 del C.P. español derogado decía lo siguiente:
"El funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa del tanto al triplo del interés que hubiere tomado en el negocio."
"Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías."

1088. En sentido similar Carlos MIR, p. 354.

1089. En ese sentido, SANCINETTI, quien acepta el entendimiento tradicional de que el bien jurídico estaría constituido por "la imparcialidad de la administración pública y el prestigio de los funcionarios", pero admite también que mediatamente se busca proteger también el interés económico de la administración; p. 72. También MUÑOZ CONDE, refiriéndose a la "imparcialidad de la Administración en los negocios privados", p. e., p. 880. De manera similar en la doctrina española referida al art. 401 del C.P. derogado, ORTS BERENGUER se refería al "interés general porque todos puedan concurrir en igualdad de condiciones" a las operaciones donde participa el funcionario, sin que nadie se aproveche de su especial situación, ver en COBO/VIVES y otros, p. 498.

bien jurídico directamente protegido refiriéndose a la "fidelidad" ("lealtad") o el "desinterés" (en el sentido de no tener un interés privado) que debe guiar al funcionario en el desempeño de sus actividades funcionales[1090]. Pero esto no explica el objeto hacia el cual se dirige el ataque, sino la actitud del propio funcionario. En cambio, resultaría demasiado etéreo hablar aquí de una "pureza de la administración" como bien jurídico específico[1091].

La existencia de esta figura es criticable al existir otros tipos penales que cubrirían los casos que ella pretende abarcar[1092]. En el caso peruano, el "fraude a la administración pública" del art. 384 abarca ya como tentativa los supuestos de "negociación incompatible" cuando ésta se base en la contractualidad. Pero si se tratara de una conducta unilateral, solamente habría una tentativa o, eventualmente, actos preparatorios de una "estafa". Estos, además de otros de menor contenido de injusto, parecen ser los casos que el legislador habría querido cubrir con el art. 397.

Los elementos típicos son los siguientes:

– SUJETO ACTIVO. Se trata de un "funcionario o servidor público", pero no de cualquier funcionario, sino solamente de aquél que tiene legítimamente a su cargo el "contrato" o la "operación" para la administración pública. Luego, no se da este delito cuando el funcionario realizara contratos privados, así invoque en ellos su calidad de funcionario, ni tampoco cuando el funcionario realizara la acción en el marco de actividades administrativas ilícitas, que no son legítimas[1093]. Algún sector de la doctrina considera que no debería interesar la "competencia interna" del funcionario, sino solamente la "imputabilidad externa", es decir que la conducta del funcionario, así se haya atribuido funciones de otros, haya llevado a obligar civilmente a la administración[1094]. Pero esta interpretación ni satisface la literalidad del tipo penal ("... en que interviene por razón de su cargo") ni tampoco es necesaria por política criminal. El C.P. peruano conoce tipos penales de "usurpación de funciones ajenas" (art. 361, primer párrafo, tercera modalidad) y el "patrocinio ilegal" de intereses particulares (art. 385) que precisamente podrían abarcar estos casos.

Cuando un sujeto intervenga inicialmente como particular en una operación con la administración pública y, en medio de estas actividades, es precisamente designado como funcionario para llevarla a cabo, deberá o bien apartarse de la función pública o apartar su interés particular. Cuando el contrato ya haya sido celebrado y solamente falte su ejecución, la doctrina exige que el sujeto cumpla

1090. FONTÁN BALESTRA, p. 296; remitiéndose a doctrina italiana. Fidel ROJAS, 1ª ed., p. 410 y s., 2ª ed., p. 444 y s.

1091. Se refiere a esto Carlos MIR, p. 355. Pero hay que tener en cuenta que la doctrina española se halla en la dificultad de precisar el bien jurídico para conductas tan disímiles como las que prevé el C.P. de 1995: no solamente se prevé en el art. 439 un tipo penal "negociación incompatible" similar al peruano, sino también uno de "solicitación sexual" en el 443, que parece más bien una modalidad de "concusión". Para el art. 401, primer párrafo del antiguo C.P. español, sí afirma este autor que se trata de un atentado contra la "imparcialidad" frente a los administrados; v. p. 357, 358 (en cuanto a los casos en los que los sujetos activos no son funcionarios públicos).

1092. Similar crítica en FERREIRA DELGADO contra el art. 145 C.P. colombiano de 1980. Allá los supuestos del "interés ilícito" (art. 145) estarían abarcados ya por la "violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades" del art. 144; ver p. 106. El C.P. colombiano no tiene un tipo penal específico de "fraude a la administración pública" como el peruano. En igual sentido MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, para quienes los tipos de cohecho, tráfico de influencias y fraude del art. 436 C.P. español, cubrirían los casos que la "negociación incompatible" quiere cubrir; en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1911. Obsérvese que el tipo español de "fraude a la administración pública" (allá, el art. 436, aquí, nuestro art. 384) también abarca conductas "unilaterales"; al respecto ver *supra* 3.2.5.

1093. CREUS, p. 374 y s.

1094. SANCINETTI, tratando de comprender en el tipo penal conductas frecuentes que de otro modo quedarían impunes según el C.P. argentino, p. 82 y s.

con el contrato a través de representantes legales o delegue la función pública específica a sus reemplazantes legales[1095]. No obstante, si el funcionario continuara en la ejecución del contrato, y lo hiciera sin parcializarse a favor de intereses privados, no se ve cómo pueda darse la tipicidad del delito.

No es indispensable que el sujeto activo realice la acción típica por sí mismo: es posible (y común) que esto se haga a través de una *persona interpuesta*[1096], pero en este caso, dicha persona solamente responderá a título de partícipe por carecer de la cualidad de funcionario público.

– INTERESARSE. La conducta típica significa intervenir "como particular interesado en determinada decisión o actuación de la administración (...) , volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa"[1097]. Como el "interés" se produce dentro del "contrato" u "operación" que tiene a su cargo el funcionario, se dice que habría un "desdoblamiento": en una misma operación el funcionario interviene como representante del Estado y como particular interesado[1098].

No bastaría, entonces, con "parcializarse", es decir, con asumir una postura de excesivo celo en favor de la parte que se representa (la Administración pública), pues incluso si esta postura llevara al fracaso del contrato o de la operación (con el consiguiente perjuicio para la Administración) sólo habría falta administrativa.

Por otro lado, el "interesarse" puede ser interpretado en dos sentidos distintos: como la "obtención del interés" o como "actuación interesada" (actuar con "tendencia de beneficiarse"). Sólo esta

1095. Creus, p. 379.

1096. Así, ya por exigencias del propio tipo penal argentino (art. 265). Fontán Balestra, p. 297.

1097. Creus, p. 371.

1098. Creus, p. 370 y s.; Fidel Rojas, 1ª ed., p. 414; 2ª ed., p. 448.





última puede ser la interpretación correcta, pues el verbo rector no se refiere a ninguna conducta de resultado[1099]. La obtención del beneficio puede, por lo demás, ser abarcada por figuras autónomas como el "fraude a la administración pública" o la "colusión ilegal" (art. 384) o el "peculado" (art. 387).

La doctrina argentina discute si el "interés" del funcionario debe ser *directo*, para sí, o también puede darse a favor de un tercero. Pudiera parecer que el "interesarse" solamente se referiría a una actuación interesada del funcionario público que buscaría un beneficio privado para sí mismo. Pero si se interpreta correctamente que "interesarse" implica hacer intervenir en los contratos u operaciones un interés propio y particular; situarse ante ellos, no sólo como funcionario, sino conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la Administración, será irrelevante que el funcionario busque beneficiarse a sí mismo o beneficiar a un tercero[1100]. Lo que interesa no es a quién beneficia la actuación ilegal del funcionario público, sino que ésta se haya producido en contra del deber de actuar a favor de los intereses de la administración pública. Entender que el "interés" del funcionario solamente debería referirse a él mismo, llevaría innecesariamente a hacer inaplicable el tipo penal precisamente en los casos más frecuentes y de mayor entidad, en los cuales el funcionario actúa para a favorecer empresas con las cuales

1099. Ver el análisis y la interpretación correcta de Sancinetti, p. 74 y s.; también en la doctrina española antigua referida al art. 401, primer párrafo del C.P. derogado, donde el interés era entendido como "tomar interés" (propio) en el sentido de una mera actividad, al respecto, Carlos Mir, p. 356 y s.

1100. Creus, p. 371; igualmente, tras una amplia interpretación del elemento, Sancinetti, 77 y ss., p. 80 y s. En cambio, en la doctrina española antigua, referida al art. 401, primer párrafo, C.P. derogado, prevalecía la opinión de que solamente era posible un "interés personal" del funcionario; al respecto c. más ref., Carlos Mir, p. 357 y s.

tiene vínculos que no pueden probarse[1101]. En este caso el bien jurídico ha sido afectado de la misma manera que cuando la conducta funcional, probadamente, solamente se dirigió a beneficiar al propio funcionario[1102].

P. ej., el representante del Estado designado para contratar el suministro de determinados productos que busca beneficiar unilateralmente a determinada empresa. No se necesita probar que el funcionario se "concertó" con la empresa beneficiada (en tal caso habría "fraude a la administración pública" del art. 384), sino solamente que el funcionario mostró dicho interés particular con actos concretos.

Por otro lado, no será típica la conducta del funcionario que, como titular de una empresa privada, realizara un contrato con la administración pública a través de gestiones en las que él participa por sus propias funciones, si tal contratación se llevara a cabo sin que su conducta funcional haya influido en un mayor beneficio para la empresa privada del que ésta hubiera obtenido si la contratación se hubiera llevado a cabo por otro funcionario que hubiera actuado correctamente. Lo que se reprocha no es la contratación del funcionario (por sí mismo o a través de otros) con la administración, sino "el condicionar la voluntad negocial de la administración a fines no administrativos (desviación de poder)"[1103].

– CARÁCTER DEL INTERÉS. La mayor parte de la doctrina sostiene que el interés debería ser de carácter económico (p. ej. no lo sería el "interesarse" por un título honorífico); para otros, lo que importaría para el delito no sería la naturaleza del interés, sino la injerencia de un interés particular en el accionar administrativo del

1101. Sancinetti, p. 80 y s.
1102. Sancinetti, p. 81.
1103. Sancinetti, p. 82.





funcionario[1104]. Para Creus, esta discusión deriva de una confusión entre el contenido y la finalidad del "interesarse". Dado que los mismos elementos de "contrato u operación" aluden a algo con *contenido económico*, la pretensión que constituya el interés privado ilícito será también económica, sin interesar cuál sea la finalidad concreta que guíe al funcionario (p. ej. amistad con el interesado final o enemistad con el perjudicado)[1105]. Esto es válido también para el tipo peruano.

El "interés" personal del funcionario se puede manifestar de distintas formas: *directamente*, o sea a título personal o *indirectamente*, por intermedio de mandatario o una persona interpuesta, o *por acto simulado*. En realidad, el acto simulado alude también a una forma indirecta de "interesarse", pues aquí se quiere hacer aparentar que es otro el interesado cuando en realidad el interesado es el funcionario; p. ej. la inclusión en la negociación de una empresa inexistente[1106].

El "interesarse" constituye una acción positiva. La doctrina considera teóricamente posible un "interesarse" por *omisión impropia*, pero poco probable en la práctica[1107].

El "interesarse" siempre debe implicar un *peligro para el patrimonio de la administración pública*. Si en los hechos, el funcionario

1104. Al respecto ver en Creus, p. 372. Siguen la tesis del "contenido económico", Fontán Balestra, p. 299; Fidel Rojas, 1ª ed., p. 413; 2ª ed., p. 447. También Sancinetti, quien sin embargo advierte que, aunque la interpretación amplia es posible, los casos prácticos relevantes se refieren a actuaciones de funcionarios persiguiendo intereses económicos, p. 76 y s.
1105. Creus, p. 372.
1106. Ésta es la interpretación de la fuente argentina que indica textualmente: "directamente, por persona interpuesta o por acto simulado"; ver Creus, p. 373; también en la doctrina española antigua sobre el art. 401 del C.P. derogado, ver Orts Berenguer, en Cobo/Vives y otros, p. 498
1107. Creus, p. 378. Fidel Rojas considera posible la "omisión" en la modalidad de "acto simulado", 1ª ed., p. 417, pregunta 2; 2ª ed., p. 451, pregunta 2.

hubiera favorecido intereses propios o de terceros que resultaron favorables económicamente a la administración pública habrá coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta. P. ej., tendría que ser atípico el caso de la jurisprudencia española, en el cual el Alcalde de un municipio intervino en la adjudicación de un contrato de suministros de computadoras y donde resultó favorecida la empresa de su esposa, pero habiendo sido necesaria dicha adquisición, la cual, por lo demás, resultó económicamente favorable para el Ayuntamiento[1108]. No debe bastar una mera infracción del "deber de abstención" del funcionario público; su conducta debe ser idónea para perjudicar a la administración pública.

Esto no quiere decir que la conducta se legitime con un beneficio ulterior para la administración pública; en toda actividad del funcionario debería estar en mente el beneficio para la administración pública; si ello no es así, se habrá producido el peligro abstracto (en el sentido de "idoneidad" de la conducta) para el patrimonio de ésta, por más que ulteriormente debido a un hecho imprevisible se haya visto favorecida[1109].

Finalmente habría que hacer una crítica a la *técnica legislativa* en este tipo penal. Como se ha visto, la descripción típica de la conducta basada en el verbo rector "interesarse" no deja de ofrecer demasiadas inseguridades a la interpretación. Cumpliría mejor, por ello, con el "principio de taxatividad" describir expresamente las conductas reprochables del funcionario público referidas a atentados contra su "deber de imparcialidad". Así el nuevo C.P. español ha abandonado la figura prevista en el art. 401 del C.P. antiguo

1108. Criticando la "interpretación formal" de la jurisprudencia española que condenó en este caso, ver Morales Prats/Rodríguez Puerta, en Quintero, *Comentarios*, 1996, p. 1910, 1911 *in fine*.

1109. Solamente en este sentido coincido con Fidel Rojas, 1ª ed., p. 417, pregunta 6; 2ª ed., p. 451, pregunta 6.





(similar a la peruana) y ahora, de manera más precisa, ha introducido todo un capítulo referido a "negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función". Y en este grupo de delitos destacan dos equivalentes a nuestra "negociación incompatible": la "participación indebida en negocios o actuaciones" cometidos por funcionarios públicos mediante el aprovechamiento del cargo (art. 439) o por peritos, árbitros y contadores partidores, aprovechándose de la función que se les haya encomendado (art. 440). Además se prevó un tipo similar a nuestro "patrocinio ilegal" referido a la "violación grave de la incompatibilidad de la función pública con actividades privadas" (art. 441) y un tipo más completo que el nuestro sobre "abuso de información privilegiada" (art. 442) y otras figuras inéditas para nuestra legislación: las "solicitaciones de carácter sexual" (arts. 443 y 444).

– CONTRATOS u OPERACIONES. Mediante esta mención expresa se excluye cualquier acto de administración. Solamente se trata de aquellos actos enmarcados dentro de un proceso de contratación, en el sentido civil, o de una "operación" de carácter económico en la que, a diferencia del contrato, la Administración actúa unilateralmente, a título singular (subastas, expropiaciones, incautaciones, comisos, licitaciones, etc.)[1110]. En el primer caso, la Administración actuará como persona privada; en el segundo como persona pública[1111].

Por otro lado, como ya se dijo antes, los contratos y operaciones deben tener *carácter económico*. Extender los conceptos hasta interpretarlos como cualquier acto de administración con o sin contenido económico, rebasaría los límites del texto legal; aquí no se

1110. Igualmente, Fidel Rojas, 1ª ed., p. 414; 2ª ed., p. 448.

1111. Creus, p. 374.

comprende el hecho de "interesarse" en actos administrativos en general[1112].

– TEMPORALIDAD. No importa la etapa en la que se encuentra el contrato o la operación; estas podrían haberse ya pactado o estar en proceso de ejecución. Pero obviamente, si el contrato ya se ejecutó, si ya se extinguió la relación jurídica, no será posible la comisión del delito[1113]. P. ej., un funcionario puede "interesarse" durante la etapa de las tratativas, durante el perfeccionamiento o durante la ejecución del contrato (entrega del bien, prestación del servicio); pero si la otra parte ya cumplió con su contraprestación, no puede haber interés punible del funcionario respecto de dicho contrato, aunque es posible que sí haya uno respecto de un nuevo contrato.

– TIPO SUBJETIVO. El "dolo" no requiere elementos especiales. El funcionario podría buscar un beneficio privado, para un tercero o incluso querer favorecer también a la administración, pero esta finalidad es irrelevante[1114].

Por otro lado, solamente es posible el *dolo directo*, pues los actos de "interés privado", y sobre todo bajo la modalidad de "acto simulado", no son posibles sin quererlos[1115]. Es más, en estos casos

1112. Creus, p. 376; Fidel Rojas, 1ª ed., p. 414; 2ª ed., p. 448; Morales Prats/Rodríguez Puerta, refiriéndose a la jurisprudencia española, en Quintero, *Comentarios*, 1996, p. 1911; también la doctrina española antigua sobre el tipo penal del art. 401 del C.P. derogado exigía que el "negocio" materia del interés sea "evaluable económicamente", entre otras razones, además, porque el tipo español vinculaba la pena de multa para el delito en función de la "cuantía" del "interés", ver Carlos Mir, p. 357, 358, nota 206; Orts Berenguer; en Cobo/Vives y otros, p. 497.

1113. Creus, quien se refiere de todos modos a un "elemento temporal" implícito, ver p. 376 y s.

1114. En cambio, Fontán Balestra sí exige un "móvil económico", pero sin que esto implique necesariamente perjuicio para la administración pública, p. 300.

1115. También acepta el dolo directo, Fidel Rojas, 1ª ed., p. 415; 2ª ed., p. 449. En cambio, parece admitir el "dolo eventual", Creus, quien señala que el dolo no requiere ninguna especialidad, p. 383.





precisamente es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el "interés particular" en su aspecto subjetivo[1116].

Para la CONSUMACIÓN no se necesita la producción de algún resultado o que el sujeto activo logre la finalidad perseguida[1117], basta con que exista la conducta que constituye "interés privado" de parte del funcionario. Según la doctrina, no basta la mera exteriorización de un interés particular (p. ej., la manifestación verbal de que se tiene dicho interés)[1118], sin embargo, si se tratara de una manifestación concreta, destinada a conseguir el "favor" o la aquiescencia necesaria de otros funcionarios que también intervienen en el "contrato" u "operación", y que la interpretan precisamente en dicho sentido (conducta causalmente idónea) no deberá dudarse del "interés"; p. ej. si el funcionario manifiesta al otro que se debe conceder una gratificación especial, u omitir alguna exigencia legal, en favor de la empresa contratante. Incluso si la Administración pública resultara beneficiada económicamente, ya se habrá dado el delito. Por otro lado, por sus características, el delito puede tomar la forma de un "delito continuado" cuando, p. ej., se tratara de contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo (suministro de

1116. Sancinetti considera por eso al "interés" solamente como elemento subjetivo, p. 84. Pero esta sistematización no parece ser correcta, no solamente porque el tipo penal incluye un verbo rector que puede entenderse formalmente como parte del tipo objetivo ("interesarse"), sino también porque los actos preparatorios o ejecutivos contractuales del funcionario tienen que tener algún contenido que manifiesten objetivamente dicho interés privado. No basta con la subjetividad si el funcionario no ha hecho nada que objetivamente demuestre un interés particular en desmedro de los intereses de la administración pública. P. ej., si el contrato es beneficioso "para todos" y, efectivamente, no existían mejores condiciones contractuales para la administración.

1117. Fontán Balestra, p. 299.

1118. Creus, p. 377 y s.

productos durante un año en diversas oportunidades) y cuando el funcionario interviene en diversas oportunidades bajo un mismo interés particular[1119].

Tampoco puede tener relevancia el que *a posteriori* sean anulados el contrato o la operación en la que el funcionario intervenga interesadamente (p. ej. se anula la licitación), pues la conducta típica ya se realizó y era perfectamente idónea para atentar contra el patrimonio estatal. El problema está cuando todos los actos del contrato u operación eran nulos desde el principio, pues podría objetarse la "idoneidad" de la conducta[1120]. Aquí efectivamente faltaría lesividad en la conducta del funcionario y su conducta solamente merecería sanción administrativa o, si fuera posible, sanción penal a través de otros tipos.

Es difícil aceptar la existencia de TENTATIVA, pues si se tratara de actos ejecutivos tendentes a lograr algún beneficio en el contrato u operación que el funcionario dirige a nombre de la administración pública, ya se habría manifestado el "interés privado" y se podría hablar de consumación; lo mismo sucede con las expresiones verbales que llevaran (dolosamente) a un desarrollo causal favorable para dicho interés privado. La tentativa es, pues, improbable por no decir imposible[1121].

1119. Creus, p. 378.

1120. Plantea el problema, pero no decide la cuestión, Fidel Rojas, 1ª ed., p. 417; 2ª ed., p. 451, pregunta 4.

1121. Así también Creus, p. 379; Fortán Balestra, p. 299. Fidel Rojas considera difícil, pero posible la tentativa, 1ª ed., p. 415; 2ª ed., p. 449. Para el art. 401 del C.P. español derogado, sí admitía la tentativa Carlos Mir cuando el sujeto activo "se disponga inmediatamente a interesarse", lo cual ocurriría p. ej. cuando la persona interpuesta por encargo suyo estaba realizando actos destinados a la contratación con la administración pública, pero por razones ajenas no llegara a perfeccionarse; cfr. p. 356 y s. No obstante, aquí podría admitirse ya el delito consumado, pues, como se dijo antes, no es necesario ningún perjuicio efectivo para la administración (la obligación contractual





La AUTORÍA y la PARTICIPACIÓN se rigen por las reglas generales expuestas antes en el capítulo correspondiente. Aquí se trata de un *delito especial propio* en el cual el funcionario que tiene a su cargo el contrato o la operación podrá ser autor del delito, y cualquier otro, funcionario o no, podrá ser partícipe[1122]. Es decir, es aplicable la teoría de la "unidad del título de imputación". Si se siguieran además las reglas de la teoría de la "infracción del deber", se podrían superar los problemas derivados del "dominio del hecho", pues su aplicación podría llevar a la impunidad en caso de que los actos ejecutivos sean realizados por un *extraneus* con colaboración lejana del funcionario. La alternativa sería considerar los casos prácticos de este tipo como autoría mediata del funcionario público a través de un "instrumento doloso no cualificado" (un particular u otro funcionario sin la relación funcional específica). Esto sería plenamente posible en los casos de alguna coacción psicológica al *extraneus* o inferior jerárquico (temor a la pérdida del empleo) para que ejecute los hechos. Pero aquí el problema se presentaría en si es admisible para este último una "causa de justificación" ("obediencia jerárquica") o solamente una atenuación de la pena por debajo del mínimo legal (arts 20, numeral 9, art. 21 C.P.).

Para los casos de CONCURSO, desde la perspectiva del C.P. peruano se presentan las siguientes dificultades sistemáticas:

1. Dado que el C.P. peruano ya conoce un tipo específico de "patrocinio ilegal de particulares" (art. 385), el "interesarse" del art. 397 sólo podría darse en un funcionario que actúe en el marco de sus propias actividades funcionales para favorecerse a sí mismo.
2. Dado que el tipo que estamos analizando se ubica dentro del rubro referido a "corrupción de funcionarios", siempre

de la administración ya lo sería), sino solamente una conducta idónea para poder producirlo.

1122. De igual modo, Sancinetti, p. 84.

debería implicar algo "contractual" entre funcionarios y terceros. Luego, por lógica, en este delito el funcionario sólo podría "interesarse" típicamente por asuntos de terceros.

3. Debido a que ya existe un tipo penal específico de "fraude en contratos y concursos" (art. 384) donde el funcionario defrauda al estado concertándose con los interesados, el art. 397 casi no tendría aplicación, y tendría que reprimir en todo caso la tentativa de estos otros delitos.

A pesar de esta aparente contradicción irremediable, como puede colegirse de la interpretación de los elementos típicos del delito, sí es posible una delimitación entre las diferentes figuras penales. El término del rubro "corrupción de funcionarios", se reduce en el C.P. peruano al "cohecho", pues abarca tipos penales que no necesariamente contienen conductas con "contractualidad". Parece ser que el legislador peruano no ha querido sancionar penalmente en este marco solamente la "compraventa de la función pública" que implica el cohecho, sino de manera general una serie de conductas deshonestas de los funcionarios, aun cuando sean unilaterales. Luego, también en el tipo del art. 397 el funcionario podrá "interesarse" tanto por asuntos propios como por asuntos ajenos. Por discutible que esta solución sea, y pese a que no explica la regulación autónoma de los supuestos de "concusión" (si el término "corrupción de funcionarios" englobara supuestos de bilateralidad y de unilateralidad, no sería consecuente que exista un título aparte sobre "concusión"), la interpretación literal no puede ser otra.

Por otro lado, en relación con el tipo penal de "fraude a la administración pública" del art. 384, hay diferencias en cuanto a que en el art. 397 no se precisa la "concertación" con alguien como en el primer caso, aunque pueda producirse ésta. Precisamente esta diferencia demuestra la inconsistencia de la ubicación de los tipos penales: la "negociación incompatible" es, en realidad, una





modalidad de "exacción", mientras que el "fraude en contratos y concursos" lo es del "cohecho". Por lo tanto, no debería haber concurso entre ambas figuras: si hubiera un concierto entre el funcionario y los interesados, habrá "fraude a la administración pública" en cualquiera de sus grados; si no hubiera este concierto (o no pudiera probarse), habrá "negociación incompatible". En resumen, si el funcionario no sólo se "interesara" sino llegara a una contractualidad con la parte interesada, los tipos de "cohecho" y de "fraude a la administración pública" desplazarán a esta figura.

No sucederá lo mismo con el "patrocinio ilegal", pues aquí no puede haber convergencia posible: en el "patrocinio ilegal", el funcionario actúa ante otros funcionarios; en la "negociación incompatible" el funcionario actúa sobre los contratos y operaciones que él mismo dirige.

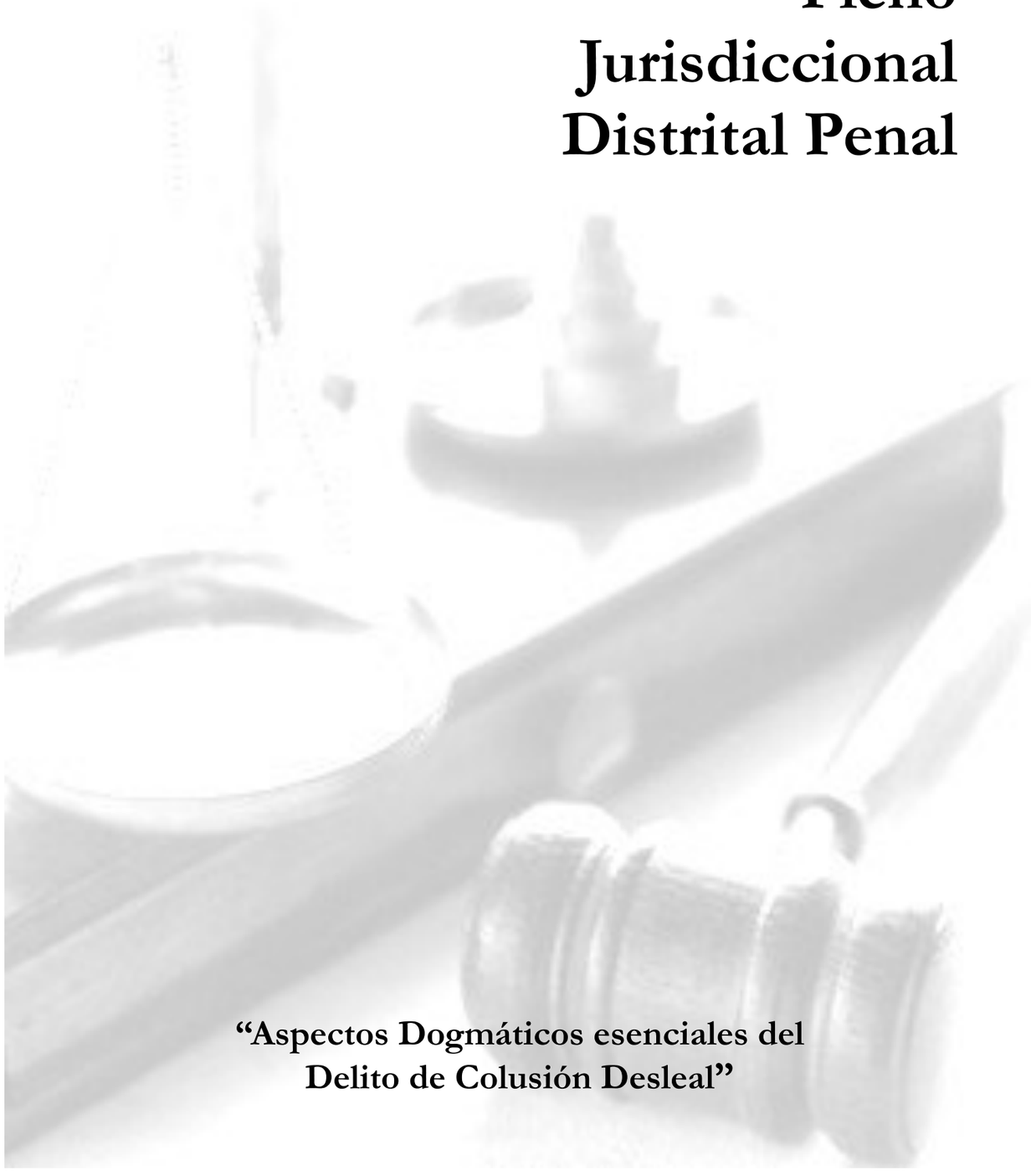
### 3.4.12 Tráfico de influencias (art. 400)

*Artículo 400.- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

Esta figura es relativamente nueva en nuestra legislación penal, pues recién fue introducida en el C.P. de 1924 (como art. 353-A) por el D. Leg. 121 de 12-06-1981, pese a que sus orígenes se remontan incluso a la época romana[1123]. Modernamente han servi-

1123. La figura habría aparecido cuando uno de los amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante éste: Al descubrirlo el

# Pleno Jurisdiccional Distrital Penal



## “Aspectos Dogmáticos esenciales del Delito de Colusión Desleal”

**GARCÍA CAVERO, Percy—CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión**. Lima, Grijley, año 2008. pp. 23-40.

*te perjuicio patrimonial potencial o real para la administración*" (el resaltado es nuestro). En esta línea jurisprudencial puede apreciarse con claridad que el bien jurídico protegido no está conformado simplemente por el patrimonio del Estado, sino fundamentalmente por el deber positivo atribuido a los funcionarios públicos de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las negociaciones y en la ejecución de los contratos públicos para la adquisición de bienes y servicios.

## III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

En la doctrina penal se reconoce que el delito de colusión desleal regulado en nuestro Código penal tiene como fuente legislativa el Derecho penal español[8]. Una revisión de la normativa española pone de manifiesto que este delito no se aplica a cualquier perjuicio estatal producido por la actuación de un funcionario público, sino que se circunscribe a determinadas operaciones de carácter patrimonial realizadas en el desempeño del cargo. Así, por ejemplo, el artículo 400 del Código penal español anterior limitaba la colusión desleal a los suministros, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, mientras que el artículo 436 del Código penal actual se refiere a los actos de las modalidades de la contratación pública o las liquidaciones de efectos o haberes públicos. Como puede verse, la figura de la colusión desleal en el Derecho penal español tiene un ámbito de aplicación claramente

---

[8] Vide, en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, cit., p. 308. Igualmente, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 406, aunque incluye también la fuente argentina.

definido: los procedimientos de contratación pública y el pago de efectos y haberes públicos[9].

Si se analiza, por su parte, el tenor de la regulación nacional, podrá comprobarse que ésta ha seguido la lógica delimitadora de la legislación penal española, pues su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a las modalidades y operaciones derivadas de la contratación pública[10]. En efecto, el artículo 384 de nuestro texto punitivo circunscribe la actuación típicamente relevante del funcionario público a los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en los que intervenga en razón de su cargo o comisión especial. Si se entra en el contenido semántico de cada uno de estos conceptos, podrá comprobarse que todos ellos están vinculados a la contratación pública[11], aunque resulta claro que no se mueven en un mismo nivel conceptual. Las licitaciones, los concursos de precios y las subastas constituyen procesos de competencia reglados

(9) Vide, en este sentido, MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 335, respecto de lo que llama procesos de gestión pública. Igualmente ETXEBARRIA ZARRABEITIA, «Fraudes y exacciones ilegales», cit., p. 207; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1161.

(10) En este sentido, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 409, considera que la base fáctico-normativa del delito es una gama de relaciones contractuales en las que el Estado (en sentido amplio) es parte en las negociaciones y procedimientos técnicos de selección de los contratantes que le proveerán obras, bienes o servicios.

(11) Igualmente, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 417.







para la adquisición de bienes y servicios del Estado[12], mientras que los contratos y suministros son operaciones que concretan la adquisición estatal procurada con los procesos de selección antes mencionados. Por todo lo anterior, hay que concluir que el ámbito de aplicación del delito de colusión desleal se circunscribe a las modalidades de contratación pública para las adquisiciones del Estado, abarcando el tipo penal los procesos de selección y la ejecución de los contratos con los que se realizan dichas adquisiciones[13].

La delimitación propuesta del ámbito de aplicación del tipo penal podría cuestionarse atendiendo a la cláusula general recogida en el artículo 384 del Código penal, la cual establece la posibilidad de una colusión desleal en "otras operaciones semejantes". No obstante, el propio tipo penal exige una relación de semejanza con las operaciones expresamente previstas, lo que significa que no cualquier operación o contrato realizado por los funcionarios públicos puede dar pie a una colusión desleal, aun cuando resulte incluso perjudicial para los intereses estatales. Si bien el tipo penal autoriza al juez a realizar una interpretación abierta, esta interpretación sigue estando vinculada al tenor de la ley, de manera que hay que buscar en el mismo tipo penal los elementos de referencia para hacer la extensión permitida al interior de la ley penal. Está claro que el límite entre la interpretación literal y la analogía prohibida se presenta, en estos casos, más difícil de precisar.

(12) Vide así, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, cit., p. 312.

(13) CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, cit., p. 314, habla del *iter* contractual.

En la doctrina penal reina la idea general de que la interpretación de la ley penal se mantiene dentro del tenor literal, siendo la analogía un proceso de integración del Derecho que va más allá de lo dispuesto expresamente en la ley penal[14]. La analogía comenzaría donde la interpretación de la ley termina, en la medida que rebasa el sentido literal posible del texto legal[15]. Esta clara ordenación de los conceptos resulta, sin embargo, controvertida en la actualidad, pues se sostiene que en la labor de interpretación no es posible prescindir de deducciones analógicas[16]. Es más, puede ser que el mismo legislador establezca en el propio tipo penal el recurso a una operación analógica mediante la llamada analogía *intra legem*[17]. Precisamente la incorporación en el tipo penal de colusión desleal del elemento típico de "otras operaciones semejantes" apunta a permitir la analogía *intra legem* en la interpretación típica, del mismo modo que lo hace el delito de violación sexual con la cláusula general de "otros actos análogos" o el delito de estafa con el elemento abierto de "otra forma fraudulenta". Sin embargo, debe quedar claro que esta permisión de la analogía al interior del tipo penal no significa abrir el ámbito de aplicación del tipo penal a cualquier supuesto similar, sino que es el

(14) Vide Urquizo Olaechea, en Castillo Alva, José Luis (coord.), *Código Penal comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I, pp. 76 y s.

(15) Vide la analogía como procedimiento de integración del Derecho, Castillo Alva, José Luis, *Principios de Derecho penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. 142 y s.

(16) Vide, con mayores referencias bibliográficas, Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 100, nota 60.

(17) Vide Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1987, T. I, pp. 306 y s.







propio texto legal el que establece los parámetros de la apertura analógica en la interpretación de la ley[18].

Si aplicamos las consideraciones precedentes al elemento típico de "otras operaciones semejantes" previsto en el tipo penal de colusión desleal, no cabrá más que concluir que estas operaciones semejantes tienen que enmarcarse necesariamente en los procesos de selección y contratación públicas para las adquisiciones del Estado. En este sentido, podrá incluirse dentro del ámbito de aplicación del delito de colusión desleal, por ejemplo, otros procesos de selección no mencionados expresamente en el tipo penal, como sería el caso de la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía. Pero lo que no puede hacerse es aplicar este delito a cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios públicos, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría salir del tenor establecido por la ley, configurándose una infracción al principio de legalidad reconocido en la Constitución Política (artículo 2 inciso 24, literal d) y en el Código penal (artículo II del Título Preliminar). Solamente la defraudación cometida por un funcionario público en operaciones que se asemejen o se enmarquen en los procesos de selección y contratación para las adquisiciones estatales podrá dar lugar a un delito de colusión desleal.

Un argumento adicional a favor de la limitación del ámbito de aplicación del delito de colusión desleal a los procesos de selección y contratación públicas es que la concertación con los interesados exigida por el tipo penal debe tener lugar en relación con supuestos o momentos específicos que se presentan

(18) De forma similar, Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. I, p. 307.

precisamente en la ejecución de contratos derivados de los procesos de selección públicos[19]. Así, el tipo penal menciona, en primer lugar, la concertación defraudatoria en los **convenios**, los cuales se refieren no sólo a los acuerdos alcanzados en la celebración o ejecución de una contratación pública[20], sino también a ciertas modalidades específicas de contratación en los procesos de selección previstos en la normativa administrativa correspondiente (por ejemplo, las adquisiciones realizadas en el marco de convenios internacionales mencionados en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, o los convenios marco de precios regulados específicamente en los artículos 187 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado). Lo mismo puede decirse de los **ajustes**, pues estos supuestos se contemplan para los casos de variación del precio de las obras derivadas de la contratación pública, tal como se deduce del artículo 56 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado[21]. En cuanto a las **liquidaciones**, se trata de la fase con la que culmina la ejecución de los contratos de ejecución o consultoría de obras, tal como lo establece el artículo 43 de la Ley de Contrataciones y Adquisi-

(19) En este sentido, Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública*, cit., p. 314, señala lo siguiente: "Pero debe notarse que se trata siempre de colusiones en un momento en el que los privados ya han obtenido la posibilidad de contratar con la administración o luego de haber contratado con esta, están ejecutando o prorrogando el contrato".

(20) Así lo entiende Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 420.

(21) Destaca también la vinculación del concepto ajustes a la ley de contrataciones del Estado, Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 421; Reyna Alfaro, «Estructura típica del delito de colusión desleal», en *Actualidad Jurídica*, T. 130, Lima, 2004, p. 71.





ciones del Estado y los artículos 269 y siguientes del Reglamento[22]. Finalmente, los **suministros** constituyen la ejecución de un contrato con el Estado para proveer de manera continua y permanente determinados bienes a ciertas instituciones públicas para el desarrollo de sus actividades (artículo 15 de la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado). Como puede verse, la estructura del tipo penal de colusión desleal se inserta indiscutiblemente en las modalidades de contratación para las adquisiciones públicas, lo que se puede confirmar, por otra parte, con el hecho de que la jurisprudencia nacional sobre el delito de colusión desleal esté referida precisamente a casos de fraudes en la adquisición de bienes y servicios en el marco de los procesos de selección legalmente regulados[23].

(22) En el mismo sentido, Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 421; Reyna Alfaro, «Estructura típica del delito de colusión desleal», cit., p. 71.

(23) Por mencionar solamente algunas jurisprudencias publicadas de la Corte Suprema: Cons. N° 4159-95-Lima del 9 de mayo de 1997 (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, Lima, 1999, pp. 663 y s.); R.N. N° 1522-97-Lima del 20 de marzo de 1998 (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, pp. 660 y ss.); R.N. N° 850-2001-Lima del 23 de mayo de 2002 (Pérez Arroyo, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú [2001-2005]*, Editorial San Marcos, Lima, 2006, pp. 1299 y ss.); R.N. N° 532-2003 San Martín del 4 de mayo de 2004 (Pérez Arroyo, *La evolución de la jurisprudencia en el Perú*, cit., pp. 1313 y ss.); R.N. N° 740-2003-Arequipa del 4 de junio de 2004 (vide Pérez Arroyo, *La evolución de la jurisprudencia en el Perú*, cit., pp. 1317 y ss.); R.N. N° 1480-2003-Arequipa del 22 de julio de 2004 (Barandiarán Dempwolf, Roberto y Nolasco Valenzuela, José Antonio, *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción*, Palestra, Lima, 2006, T. II, p. 594 y ss.); R.N. N° 2664-2003-Arequipa del 19 de junio de 2004 (vide *La evolución de la jurisprudencia en el Perú*, cit., pp. 1338 y ss.); R.N. N° 027-2004 Sullana-Piura del 1 de octubre de 2004 (Castillo Alva, José Luis, *Jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2006, T. 3, pp. 453 y ss.); R.N. N° 1022-2004 del 7 de diciembre de 2004 (Ávalos Rodríguez, Carlos

Pese al carácter delimitado del ámbito de aplicación del tipo penal de colusión no puede negarse que existen ámbitos ajenos a las adquisiciones públicas en los que podría debatirse si se trata de "operaciones semejantes". Así, por ejemplo, podría plantearse la inclusión en el ámbito de aplicación de delito de colusión de los casos en los que el Estado no es el adquiriente de un bien o servicio, sino, más bien, el proveedor de los bienes o el que suministra el servicio a los particulares. Para que estos casos puedan ser considerados una "operación semejante" a las adquisiciones estatales, resulta necesario que se presenten en el marco de un proceso de selección público. Sólo bajo estas circunstancias la infracción del deber de fidelidad patrimonial del funcionario público resulta equivalente a los supuestos expresamente contemplados en el tipo penal, pues dicho funcionario público no pujó para favorecer los intereses estatales. La jurisprudencia nacional es de similar opinión, pues ha admitido el procesamiento penal por delito de colusión desleal en el caso del alquiler de aviones Fokker pertenecientes a la Fuerzas Armadas (Sentencia R.N. N° 79-2003-Madre de Dios de quince de febrero de dos mil cinco).

Lo anteriormente indicado no puede compartirse, sin embargo, respecto de otro ámbito de actuación de los funcionarios públicos en el que se ha abierto igualmente proceso penal por delito de colusión desleal. Se trata del caso del llamado salvataje financiero del Banco Wiese Limitado, en donde se ha recurrido a la figura de la colusión desleal para procesar penalmente a los funcionarios públicos y a los representantes de los grupos económicos intervinientes en dicho salvataje. Es evidente que la operación de salvataje no constituye un proceso

y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 292 y s.).







de selección para la adquisición estatal de bienes o servicios, sino un acto de intervención del Estado en la economía para corregir ciertas distorsiones del mercado y evitar situaciones de crisis económica. Como puede verse, no se trata de un ámbito sometido a la libre competencia, en donde el funcionario público debe favorecer al máximo los intereses del Estado, sino de un ámbito en el que se requiere la intervención del Estado en la economía y en el que, por lo tanto, no se puede exigir del funcionario público una actuación dirigida a la optimización de beneficios. Por otra parte, los contratos u operaciones suscritos por los funcionarios públicos en la ejecución del salvataje financiero no pueden considerarse convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, pues no se trata de operaciones realizadas en el marco de un proceso de selección para la adquisición de bienes o servicios requeridos por la Administración. Aplicar el delito de colusión desleal al salvataje financiero de una institución bancaria significaría una ampliación judicial del tipo penal, lo que daría pie a sobrepasar el tenor de la ley[24].

Si desde consideraciones de merecimiento y necesidad de pena se estimase que la intervención defraudatoria de los funcionarios públicos en un salvataje financiero tendría que ser penalmente sancionada como colusión desleal, esta decisión no le corresponde al juez penal, sino al legislador. De hacerlo sin una expresa ampliación legal, se estaría utilizando una analogía en contra del reo, lo cual se encuentra constitucionalmente proscrito. En este orden de ideas, no debe sorprender, por ejemplo, que el salvataje financiero realizado con el Banco

(24) Vide así, sobre la prohibición de generalización, JAKOBS, *Derecho penal. Parte* general, cit., pp. 99 y ss.: "[...] *el aplicador de la ley no puede nunca aumentar el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a ser más general, ampliando así el ámbito de aplicación*".

Latino mediante un procedimiento distinto, consistente en la capitalización de las acreencias de COFIDE y en un aporte de capital adicional, no haya dado pie a un proceso penal por el delito de colusión desleal, sino, más bien, por malversación de fondos de los funcionarios públicos denunciados[25].

## IV. EL DEBER ESPECÍFICO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El delito de colusión desleal es un delito especial propio que exige, como requisito típico para poder ser autor del delito, tener la calidad de funcionario o servidor público[26]. Esta exigencia típica no debe quedar, sin embargo, en una simple verificación puramente formal del estatus de funcionario o servidor público, pues el propio tipo penal indica expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de una comisión especial[27]. Con esta delimitación típica se le impone al intérprete la obligación de establecer en el caso concreto la vinculación del autor del delito de colusión desleal con el ámbito de actuación funcionarial delimitado en este tipo penal[28].

---

[25] Exp. N° 21-2003-A.V., Sala Penal Especial de la Corte Suprema.

[26] Vide Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 408; Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública*, cit., p. 310. Igualmente las ejecutorias supremas R.N. N° 79-2003-Madre de Dios del 15 de febrero de 2005; R.N. N° 238-2005-Jaén del 14 de junio de 2005.

[27] Resalta esta vinculación funcional, Reyna Alfaro, «Estructura típica del delito de colusión desleal», cit., p. 67.

[28] Del mismo parecer, Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 408. Igualmente la Corte Suprema ha establecido en su ejecutoria suprema R.N. N° 3342-2003-Ucayali del 10 de noviembre de 2004 que: "*el tipo penal previsto en el artículo 384° del Código Penal exige que las*







En la medida que los delitos de funcionarios se estructuran 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 delito especial. Como ya lo indicamos, el delito de colusión desleal se sustenta en el deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, lo que implica una intervención en el proceso de selección o en la ejecución de los contratos celebrados para las adquisiciones públicas[29]. Si bien la doctrina penal coincide en que no resulta necesario que el funcionario público forme parte del ente público defraudado[30], sí es imprescindible que haya intervenido materialmente en la selección y ejecución de los contratos de adquisición pública. En términos probatorios, lo anterior significa que deberá determinarse en el proceso penal que el funcionario público denunciado tuvo en su ámbito funcional la decisión sobre la suscripción o la determinación de las condiciones de las operaciones o contratos celebrados[31]. Por el contrario, si el funcionario se limitó a ejecu-

---

*funcionarios servidores públicos se hallen colocados en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones en razón de su cargo, esto es, que deben estar vinculados necesariamente con las operaciones o negociaciones estatales a celebrar –contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante–*".

[29] Así, Mir Puig, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 336, señala que no basta tener la calidad de funcionario público, sino que es necesario participar en el proceso de contratación pública.

[30] Así, igualmente, Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública*, cit., p. 310; Etxebarria Zarrabeitia, «Fraudes y exacciones ilegales», cit., pp. 210 y ss.

[31] Así, Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 408, indica: "No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor que

tar una decisión realizada por otro funcionario no le alcanzará responsabilidad penal, a no ser que le conste la realización de un fraude a la administración pública por parte del funcionario con capacidad de decisión, aunque habría que precisar que sólo podría ser encausado por un delito de omisión de denuncia o de deberes funcionariales.

La práctica jurisprudencial en nuestro país ha sido poco esmerada al establecer el deber específico funcionarial en la imputación penal de delitos de funcionarios públicos, lo que ha despertado la crítica encendida de la doctrina nacional[32]. No obstante, en la jurisprudencia específica del delito de colusión existen pronunciamientos que revelan la necesidad de determinar en el caso concreto la posición especial del funcionario público. Así, la ejecutoria suprema R.N. N° 1477-2004-Arequipa del uno de marzo del año dos mil cinco establece lo siguiente: "*Que, en cuanto al procesado (...), Director de Administración de la Dirección de Salud de Arequipa, se desprende de los actuados que este no se encontraba a cargo de adquisición de los bienes de la institución agraviada, por lo cual carecía de la cualidad requerida por el tipo penal previsto en el artículo 384º del Código Penal*". Igualmente la ejecutoria suprema R.N. N° 2300-2004-Apurímac de diecisiete de enero del dos mil cinco, se pronunció sobre la falta de competencia de un funcionario público en una colusión con la siguiente consideración: "*Que, en el caso concreto, de los actuados se aprecia que el encausado (...) al deponer*

carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige". En el mismo sentido, para el Derecho penal español, Etxebarria Zarrabeitia, «Fraudes y exacciones ilegales», cit., p. 207.

(32) Vide así, García Cantizano, María del Carmen, «Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano», en *Revista Institucional* 7, Academia de la Magistratura, Lima, 2006, p. 96.







*tanto en su instructiva de fojas trescientos cuarenta y uno como en el juicio oral ha sostenido su inocencia de manera uniforme y coherente, negando enfáticamente los cargos imputados, señalando que en su condición de jefe de Mantenimiento, no ha intervenido en el contrato de prestación de servicios de reparación y mantenimiento, porque no era de su competencia, limitándose únicamente a elevar los informes correspondientes a su superior jerárquico respecto del estado de funcionamiento de las máquinas de la entidad solicitando su reparación*". Como puede verse, no basta con ser un funcionario perteneciente a la institución pública afectada por la concertación colusoria, sino que debe existir un deber específico referido a la regularidad de la adquisición estatal en donde se ha presentado la defraudación.

Una cuestión sumamente polémica es la posibilidad de generar una vinculación institucional en virtud de un acto de organización puramente fáctico. Se trata de los casos en los que una persona se pone fácticamente en el lugar del funcionario público competente y concierta desde esa posición con los terceros interesados para defraudar al Estado. La pregunta que surge es si cabe castigar como autor del delito de colusión desleal a la persona colocada en la posición del funcionario competente. Si el delito de colusión fuese un delito de dominio, la libertad organizativa permitiría admitir en estos casos una responsabilidad penal a título de autor. Posiblemente la mayor dificultad estaría en sortear el problema del principio de legalidad (concretamente el elemento típico que establece la calidad especial) más aún si nuestra regulación del actuar en lugar de otro se limita a la actuación en lugar de personas jurídicas. Sin embargo, y dado que partimos de la base de que el delito de colusión desleal es un delito de infracción de un deber, la libertad organizativa no puede ser un criterio de imputación válido para esta forma de estructuración del injusto penal. En este orden de

ideas, habría que preguntarnos si cabe la generación de una vinculación institucional como funcionario público de una persona que no posee válidamente ese estatus.

Una respuesta única a la problemática planteada no resulta satisfactoria, pues deja de lado particularidades que son sustanciales para el análisis jurídico-penal. En este sentido, resulta pertinente proceder a diferenciar los casos. En los extremos están los casos en los que, por un lado, el funcionario público tiene un nombramiento nulo y, por el otro, los casos en los que una persona se ha arrogado unilateralmente la posición de funcionario público. En nuestra opinión, la teoría del funcionario público de hecho, desarrollado por la doctrina penal para sustentar la responsabilidad de sujetos que carecen de la calidad de funcionario público[33], solamente podría ser aceptada para el caso del funcionario público con nombramiento defectuoso, aunque debe precisarse que la razón por la que se sustenta la responsabilidad penal en estos casos no es el dominio del hecho del que asume fácticamente la posición de funcionario público, sino la confianza especial que genera su entrada en el cargo mediante un procedimiento aparentemente legítimo. La atribución del deber positivo no surge por el estatus de funcionario público, sino por la confianza especial emanada del procedimiento seguido para llegar a ocupar el cargo de funcionario público. Este título de la vinculación institucional no puede abarcar, sin embargo, los casos de arrogación unilateral de la posición de funcionario público, por lo que el usurpador deberá responder solamente por el delito de usurpación de funciones y

(33) Vide en el Perú, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, cit., pp. 27 y ss.







por los delitos contra el patrimonio que resulten aplicables a su actuación concreta (hurto, estafa, apropiación ilícita, etc.)[34].

Un supuesto intermedio y, por ello, mucho más difícil de precisar es el caso de la delegación de funciones. En esta constelación de casos el funcionario que tiene la competencia para decidir sobre la selección o contratación estatal, delega esta competencia en otra persona, quien se concierta, a su vez, con los terceros interesados para defraudar al Estado. Si se trata de una función indelegable, el delegado no tendrá la posición especial exigida por el tipo penal, de manera tal que su conducta tendrá que subsumirse en otros tipos penales de dominio (delitos patrimoniales, por ejemplo). Si la función es, por el contrario, delegable, el delegado asumirá de forma jurídicamente válida la posición especial, lo que lo convertiría en autor idóneo del delito especial de colusión desleal. Como puede verse, la respuesta por la responsabilidad de los llamados funcionarios públicos de hecho no puede recibir un tratamiento unitario, sino que requiere un análisis en función de las particularidades de cada caso.

## V. LA CONFIGURACIÓN DEL ACUERDO COLUSORIO

La conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado[35]. Como puede apreciarse, el primer

(34) De otro parecer, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, cit., pp. 28 y ss.

(35) Por ello, le asiste razón a ETXEBARRIA ZARRABEITIA, «Fraudes y exacciones ilegales», cit., p. 212 y a CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por*

elemento de la conducta típica es la concertación[36], lo que significa, en el contexto de la colusión desleal, la exclusión de toda negociación entre las partes (el Estado y los particulares), de manera tal que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. En este orden de ideas, la mala negociación realizada por un funcionario público no podrá calificarse de colusión desleal, sino, en todo caso, de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por la ley[37]. Si se prueba solamente que la contraprestación del Estado no resultó proporcional con lo recibido, lo único que quedará demostrado es que el funcionario público negoció mal.

En la jurisprudencia nacional se ha precisado, como elemento típico no escrito, que "la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño"[38]. Esta

*autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, cit., p. 320, al decir que no basta la mera solicitud o proposición del funcionario público.

(36) Sobre la exigencia de este requisito, la Sentencia de la Corte Suprema R.N. N° 740-2003-Arequipa del 4 de junio de 2004 (vide Pérez Arroyo, *La evolución de la jurisprudencia en el Perú*, cit., p. 1319).

(37) De manera clara, Rojas Vargas, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 413 considera atípicos los perjuicios que se generen al Estado por simples irregularidades administrativas o por inidoneidad del negociador oficial.

(38) R.N. N° 1480-2003-Arequipa del 22 de julio de 2004 (Barandiarán/Nolasco, *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción*, cit., T. II, p. 595). Igualmente la R.N. N° 558-2005-Huaura del 5 de julio de 2005: "*siendo así, no se ha verificado la colusión que implica* una conducta de engaño *en perjuicio real o potencial de la hacienda municipal*". En la doctrina penal, Hugo Álvarez, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 74, quien habla de "un acuerdo secreto y engañoso"; Reyna Alfaro, «Estructura típica del delito de colusión desleal», cit., p. 68.







afirmación llevaría a la conclusión de que la colusión desleal tendría cierto parentesco con la estafa, constituyendo no más que un supuesto específico de esta última. Así ha sido el parecer, por ejemplo, de la ejecutoria suprema R.N. N° 956-2005-Junín de veintiséis de octubre de dos mil cinco, la cual señala textualmente lo siguiente: "*que, sin embargo, esa conducta no puede ser subsumida en el tipo del injusto de estafa, en tanto si bien fluye la existencia del engaño y la disposición patrimonial -denota un aparente concurso de leyes-, por el principio de especialidad dicha conducta debe ser subsumida únicamente en el delito de colusión ilegal (como delito especial) pues comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales -el autor del ilícito es un funcionario público, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado*".

El parecer desarrollado por la jurisprudencia citada no resulta, sin embargo, del todo correcto, pues la disposición estatal no se produce como consecuencia de un error, sino, más bien, de una colusión con el funcionario público[39]. Si bien es cierto que la colusión tiene, por lo general, un carácter oculto y busca disfrazar la operación con visos de legalidad, exigir una maniobra engañosa implicaría dejar al margen del tipo penal los casos de colusión desnudos, es decir, aquellos casos en los que no se ofrece siquiera una operación aparentemente acorde con el Derecho. La posibilidad de reconducir estos casos al tipo penal de peculado, presentaría el inconveniente de castigar estos supuestos con marco penal máximo considerablemente inferior, es decir, con un máximo de pena privativa de libertad de ocho años, en lugar de los quince años previstos para el delito de colusión

(39) Similarmente, Etxebarria Zarrabeitia, «Fraudes y exacciones ilegales», cit., p. 207.

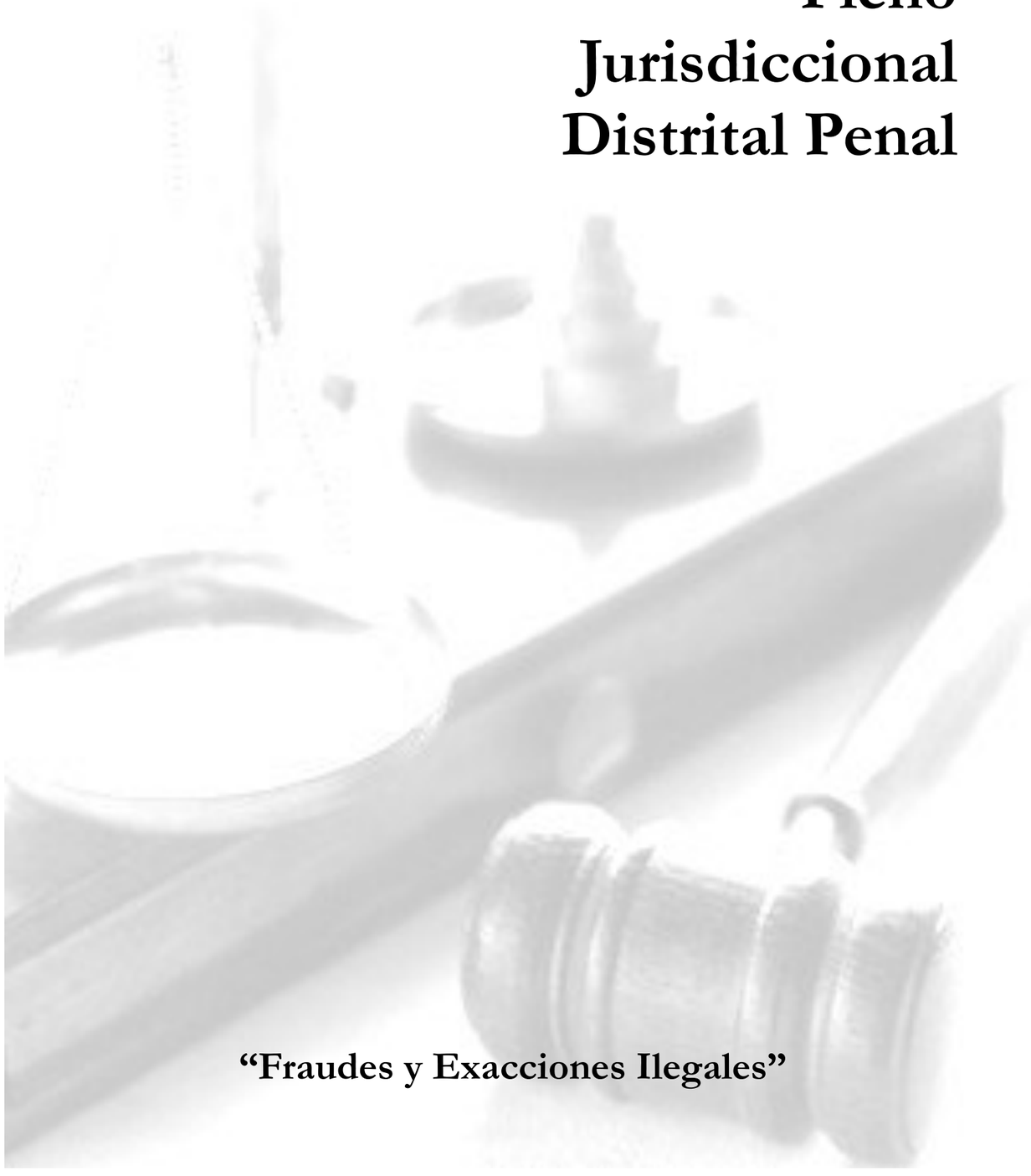
desleal. Una relación de concurso con el delito de estafa solamente se producirá si resulta necesario un engaño para conseguir la defraudación al Estado, por ejemplo, si hay que engañar a otro funcionario público para conseguir la disposición patrimonial[40].

El tipo penal de colusión desleal requiere además que el acuerdo entre el funcionario público y el particular resulte defraudatorio de los intereses del Estado. Esta particularidad significa que el acuerdo al que se llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado. La idoneidad del perjuicio no puede entenderse, sin embargo, en un sentido simplemente natural o causal. Precisamente el proceso de normativización de la tipicidad que caracteriza el concepto moderno de delito con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva pone de manifiesto que los elementos del tipo deben estar informados decisivamente por el contexto social. En este orden de ideas, existen conductas riesgosas (como conducir un automóvil) que no realizan ningún tipo penal, aun cuando tengan la potencialidad de producir un resultado lesivo. Por consiguiente, no puede sustentarse la tipicidad de una conducta únicamente con el dato objetivo de su peligrosidad, sino que es necesario determinar si en el contexto social en el que esta conducta tuvo lugar su peligrosidad resulta socialmente intolerada.

A partir de las consideraciones precedentes puede señalarse que para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con

(40) Vide igualmente, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, «Fraudes y exacciones ilegales», cit., p. 207.

# Pleno Jurisdiccional Distrital Penal



## “Fraudes y Exacciones Ilegales”

- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal—Parte Especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 973-980.

derá también de este delito. En el caso contrario de que sea el funcionario quien participe en la sustracción realizada por el particular, aquél responderá, en principio, por el delito común, salvo en los casos en que quepa aplicar el art. 11 o cuando está especialmente previsto el consentimiento a la sustracción como conducta típica de malversación, lo que sucede por ejemplo en los casos de consentimiento por parte de la autoridad o funcionario en la conducta de sustracción del particular (art. 432), o uso con fines particulares realizados por un tercero. (En este sentido SUÁREZ MONTES, pp. 871 ss.; DÍAZ PALOS, pp. 819 ss.; STS 12 diciembre 1975: caso REACE; para más detalles, véase ROCA AGAPITO, pp. 317 ss., especialmente sobre la participación de un extraneus, pp. 329 ss., donde mantiene el principio de unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad).

## FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

El Capítulo VIII contiene dos figuras delictivas que seguidamente analizamos por separado, aparte de la agravación contenida en el art. 438.

### A) FRAUDES

> El art. 436 castiga con las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años a «la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera 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».

La acción consiste en concertarse con los interesados o en usar de cualquier otro artificio defraudatorio. Se exige, además, un especial elemento subjetivo del injusto, además del dolo, representado por la expresión «para defraudar». En la redacción que se le daba a este delito en el art. 401 del anterior Código penal se mencionaban expresamente «la comisión de suministros, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos» como actos en los que se tenía que llevar a cabo la acción típica, descripción que fue entendida por la jurisprudencia como un *numerus clausus*, no permitiendo su extensión a otros casos no citados expresamente. Sin embargo, la expresión actual «en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública» permite una interpretación más amplia.

Es un delito de mera actividad, consumándose con la puesta en práctica del concierto o artificio defraudatorio. Caso de que la defraudación o el perjuicio patrimonial de la Administración llegue a producirse realmente existirá un concurso entre este delito y la estafa.

### B) EXACCIONES ILEGALES

> Castiga el art. 437, «sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado», con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años a «la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada».

Sujetos activos de este delito sólo pueden serlo aquellos funcionarios o autoridades que pueden exigir derechos, aranceles, etc., como forma de pago a su actividad, no así aquéllos que perciben directamente su sueldo de la Administración, sin estar facultados para exigir ningún tipo de derecho (sobre las diferencias entre este delito y el de cohecho véase VALEBUE ÁLVAREZ, 1994, pp. 6523 ss.).

La acción consiste en exigir, directa o indirectamente, es decir, personalmente o a través de persona intermedia, mayores derechos de los debidos legalmente. El parentesco con la estafa y el cohecho es indudable y, caso de que sea posible, deben ser de preferente aplicación estos delitos, pues de lo contrario se privilegiaría absurdamente al funcionario. Existe evidentemente estafa cuando el funcionario hace creer engañosamente al particular que los derechos exigidos son legales; y cohecho, cuando el funcionario no oculta ciertamente el carácter indebido de su exigencia, pero a pesar de ello llega a un acuerdo con el particular, que acepta la solicitud del funcionario (para más detalles, VALEBUE ÁLVAREZ, 1994, pp. 6523 ss.). El delito de exacciones ilegales se consuma en el momento de la exigencia por parte del funcionario. La STS 12 diciembre 1986 rechaza la aplicación de este precepto cuando la exigencia de mayores tasas no sea en beneficio propio.

### C) ARTÍCULO 438

El art. 438 crea una agravación «sui generis» para los casos en que el funcionario público cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida abusando de su cargo, incurriendo en las penas señaladas para estos delitos en su mitad superior y además en la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. El art. 438 excluye en todo caso la aplicación de la agravante 7ª del art. 22. (Véanse SSTS 7 febrero 1974, 15 febrero 1995 y ORTS BERENGUER, en VIVES, Comentarios, p. 1865).





## NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS

El Capítulo IX del Título XIX tipifica no sólo este delito, sino también otros abusos en el ejercicio de la función pública (abuso de información privilegiada, art. 442; ataques a la libertad sexual, art. 443) que ya han sido estudiados en otro lugar, puesto que nada tienen que ver con el delito que ahora nos ocupa.

En relación con estos delitos el Capítulo IX contiene fundamentalmente dos preceptos, el art. 439 y el art. 441, siendo el art. 440, en realidad, una simple aclaración de lo previsto en el art. 439.

– El art. 439, que castiga con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años a «la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones». El art. 440 castiga además a «los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido» y a «los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías».

– El art. 441 castiga con las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, a «la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa».

Tanto en uno, como en otro precepto, se trata de supuestos muy parecidos. En ambos casos se quiere conseguir la imparcialidad de la Administración en los negocios privados, castigando a los sujetos ci-

tados en el art. 439 (o, en su caso, a los mencionados en el art. 440) y en el art. 441 cuando abusen de su especial situación para lucrarse, con merma de la dignidad e imparcialidad a la que están obligados por razón del cargo que ocupan. Lo fundamental es, pues, la idea del abuso de las funciones públicas propias del funcionario que actúa dentro de los límites de su función o mando; es decir, que la acción se desarrolle en los ámbitos en los que la autoridad o funcionario deban intervenir por razón de su cargo. Así, por ejemplo, comete el delito previsto en el art. 439 el funcionario de la Delegación de Urbanismo que debiendo informar sobre la concesión de licencia de construcción pretende que la empresa constructora le dé un porcentaje de los beneficios o le venda a un precio simbólico acciones de la empresa, le ceda una parte de los terrenos, una vivienda, etc. O el contable que arregla los libros de contabilidad de una sociedad en cuya suspensión de pagos debe intervenir posteriormente como perito judicial; o el funcionario que participa, por sí o por persona interpuesta, en la creación de una sociedad a la que después el propio funcionario, en calidad de tal, concede una subvención, contrata, etc. En realidad, en estos casos puede darse más bien un delito de cohecho, o incluso de prevaricación. Fuera de estos límites, o cuando los bienes sobre los que recaen las operaciones fueran propios o se tratare de acciones de Sociedades en las que el sujeto no ejerce intervención directa, no rige la prohibición del art. 439. En el art. 441 se exige igualmente que la actividad profesional o de asesoramiento sea en asuntos en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo (juez que asesora a un bufete privado en asuntos en los que él debe intervenir como tal juez); no se trata, por tanto, de castigar la simple infracción de leyes de incompatibilidad, que, por ejemplo, prohiben y sancionan administrativamente, pero no penalmente, el ejercicio de profesiones particulares teniendo la dedicación exclusiva a la función pública (catedrático con dedicación exclusiva a la Universidad pública que trabaja como abogado; médico con dedicación exclusiva a la medicina pública que tiene consulta privada, etc.). Esto convierte prácticamente en letra muerta este precepto. En todo caso, el *desideratum* que informa el espíritu del art. 441, evitar que el funcionario o autoridad abuse de su posición prevalente, se lleva a cabo también paralelamente con un verdadero control democrático de la función pública y un catálogo de prohibiciones e incompatibilidades a nivel orgánico, evitando el «tráfico de influencias», auténtica lacra de nuestra Administración, y la burla casi continua a las dedicaciones «en exclusiva» a la función





pública, por las que se obtiene una mayor contraprestación, a la que realmente no se tiene derecho cuando se ejercen actividades expresamente declaradas por ley como incompatibles con un régimen de dedicación exclusiva (cfr., por ej., Ley de incompatibilidades de Altos Cargos de 26 de diciembre de 1983, modificada por Ley de 22 de marzo de 1991; también *infra* y STS 29 mayo 1989, comentada por LUZÓN PEÑA).

## TRÁFICO DE INFLUENCIAS

La Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, introdujo en el anterior Código penal los siguientes delitos relacionados con el tráfico de influencias, que ahora se regulan con una redacción parecida en el Capítulo VI del Título XIX (para más detalles sobre la regulación anterior, véase MUÑOZ CONDE, 1991, pp. 8 ss., y 10ª ed., pp. 854 ss.; CABELLO MOHEDANO, pp. 83 ss.; CUGAT MAURI, Barcelona 1997, pp. 159 ss.). Los tipos delictivos tienen una naturaleza parecida a la del cohecho y su *bien jurídico protegido* es el mismo que en este delito: la imparcialidad en la función pública y una misma finalidad político-criminal: evitar la desviación del interés general hacia fines particulares (cfr. CUGAT MAURI, Barcelona 1997, pp. 104 ss.); para su estudio se pueden clasificar en:

### *a) Influencia sobre funcionario o autoridad*

El art. 428 tipifica la influencia ejercida por el funcionario o autoridad sobre otro funcionario o autoridad; el art. 429 la misma influencia ejercida por el particular, que obviamente no puede prevalerse, como el funcionario o autoridad, del ejercicio de las facultades de su cargo, pero sí, igual que ellos, «de cualquier situación derivada de su relación personal».

Dicen así estos dos preceptos:

> Artículo 428: «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación

especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

Artículo 429: «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

*Tipo objetivo*

Común a ambos tipos es la conducta típica: «influyere». Es decir, en ambos casos se trata de sancionar que alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo. Pero en ningún caso constituye el tipo la simple influencia sin más, como un tanto precipitadamente entendió algún sector doctrinal en los primeros comentarios a estos nuevos preceptos. No se trata de penalizar la recomendación, una práctica por lo demás habitual y que, por inmoral y rechazable que parezca, no afecta directamente, o no tiene por qué afectar a la decisión que se adopte.

Lo que los arts. 428 y 429 sancionan es el «influir» «prevaliéndose», es decir, y éste es, a mi juicio, el elemento más importante, abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. En el caso de que el sujeto activo de esa influencia sea un funcionario o autoridad, el prevalimiento se puede derivar del propio cargo que ejerce: superioridad en el orden jerárquico o político respecto al funcionario o autoridad sobre el que influye. Pero tanto en el caso del funcionario o autoridad, como especialmente en el del particular puede ser suficiente que el prevalimiento se derive de la relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que se influye. En este caso el tipo se amplía sin duda, comprendiendo relaciones de carácter familiar, afectivas o amistosas. El amigo o el pariente próximo que influyera en el funcionario o autoridad cometería, según esta interpretación, uno de estos delitos. Sin embargo, debe procederse a una interpretación restrictiva del concepto de influencia, basándose para ello en el «prevalimiento» que en ambos artículos se exige como elemento diferenciador entre la simple influencia, atípica, de la influencia constitutiva de delito. Se trata de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, lo que supone, como dice Cugat Mauri (Barcelona 1997, p. 197), un factor de incremento del riesgo de desviación de la función pública. Son, pues, delitos de estructura parecida a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen. Salvando las distancias se trata de supuestos parecidos a los abusos contra la libertad sexual basándose en situaciones de prevalimiento (art. 181,3), acoso sexual (art. 184), ataques a la libertad sexual por parte de funcionario o autoridad (arts. 443 y 444) y a los de las agravantes 2ª (abuso de superioridad) y 7ª del art. 22, aunque las relaciones personales a que aluden los arts. 428 y 429 son más sutiles y difíciles de probar.



Supuestos de «intimidación implícita» o de «chantaje moral», derivados del «clientelismo político», «mejores perspectivas en la carrera política o profesional», «relaciones amorosas o afectivas» etc., pueden estar en la base de una situación de prevalimiento, aunque no necesariamente se equiparen. Desde luego, si se hace una interpretación extensiva de estas relaciones, se corre el riesgo de que se criminalicen conductas desprovistas de nocividad social, tan habituales como tomar una copa con los amigos o pertenecer al mismo club o asociación deportiva, etc.

Si la «influencia» se ejerce ofreciendo una contraprestación de carácter económico, estaríamos, naturalmente sin más, en el cohecho, límite máximo de estos delitos, que, de algún modo, constituyen también un sucedáneo de aquel delito, cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero sí la «influencia» y el «prevalimiento».

El funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia puede ser sujeto pasivo e incluso denunciante de estos delitos, pero también puede llegar a ser sujeto activo de un delito de prevaricación o cualquier otro, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir necesariamente en una disminución de su responsabilidad. Habría en estos casos una estructura similar a la de la inducción, pero no autoría mediata (en este sentido, Cugat Mauri, Barcelona 1997, p. 199; cfr. lo dicho anteriormente sobre el concepto de prevalimiento).

Tanto el art. 428, como el 429 admiten el «tráfico de influencias en cadena», que existe cuando la relación personal no se da directamente con el funcionario o autoridad que tiene que adoptar la decisión, sino

con otro que a su vez influye en él. En el caso en que la influencia se ejerza a través de terceros, el funcionario o autoridad «intermediario» también puede responder del delito previsto en el art. 428. El tráfico de influencias en cadena es, por lo demás, una de las manifestaciones más frecuentes de la «corrupción política y administrativa» y puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal, constituyendo un aparato de poder dentro de la propia Administración que es difícil de sancionar penalmente en la medida en que, como antes decíamos, las influencias que se derivan de las relaciones personales, amistades, parentescos, etc., no entran directamente en el tipo, salvo que se dé la situación de prevalimiento; los límites entre lo delictivo y lo simplemente inmoral son en esta materia difíciles de marcar.

El *tipo objetivo* se da ya con la conducta de influencia aunque no se consiga efectivamente una resolución. Si además el funcionario o autoridad sobre el que se influye toma una resolución y ésta reporta un beneficio económico para el que influye o para un tercero se dará el *tipo cualificado* previsto en los párrafos últimos de los arts. 428 y 429 (sobre la delimitación entre el tipo básico y el cualificado, CUGAT MAURI, Barcelona 1997, pp. 205 ss.).

La expresión «directa o indirectamente» alude a la forma en que el sujeto consigue el beneficio, bien a título personal a través de una persona interpuesta, o a través del «efecto rebote» de la decisión que adopte el funcionario o autoridad influida.

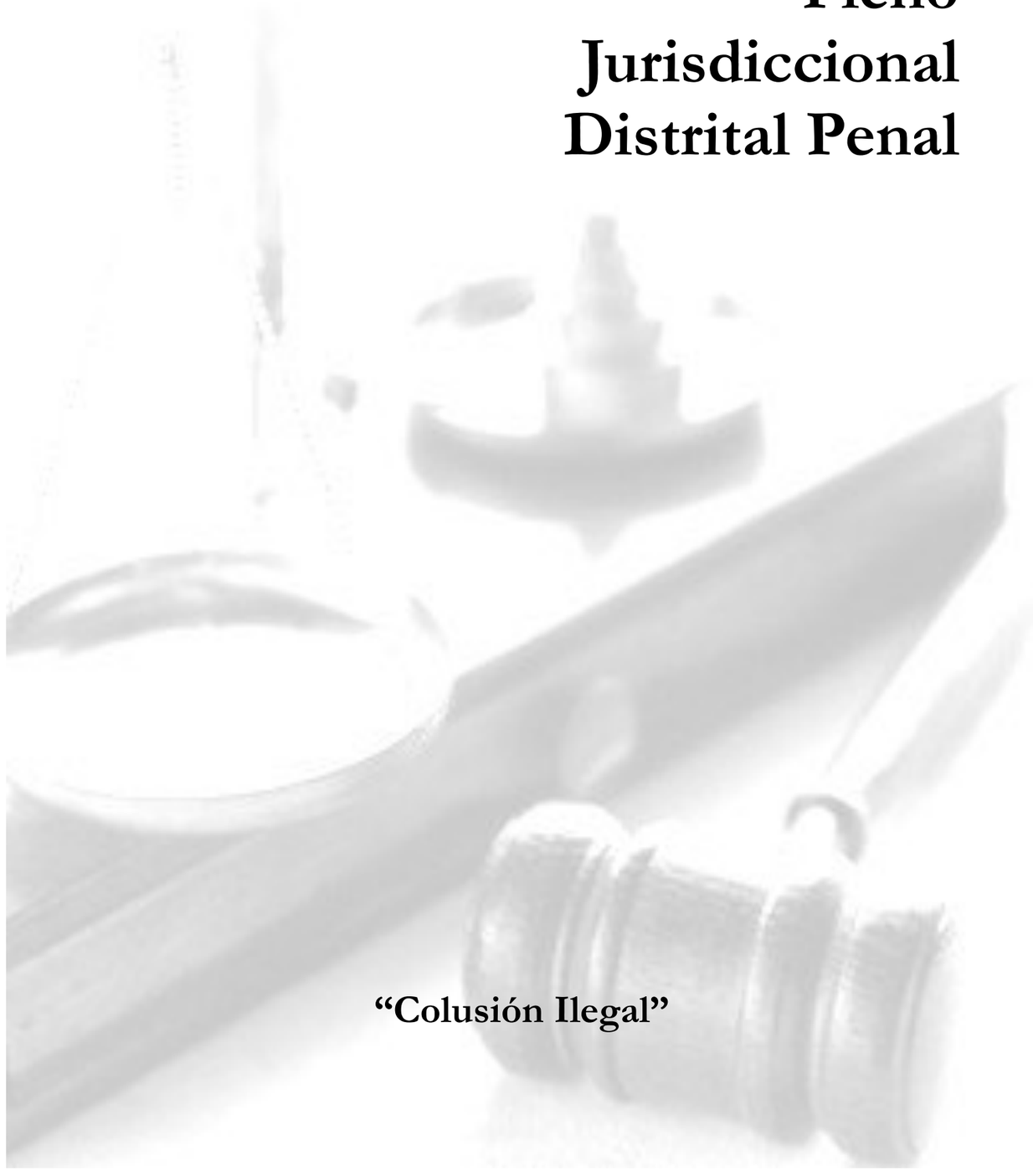
*Tipo subjetivo*

Se requiere naturalmente el dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones «influyen» y «prevalimiento». El ánimo de conseguir un «beneficio económico» para sí o para tercero va también implícito en el dolo.

**Cuestiones concursales**

Las coincidencias que puedan darse entre estos delitos y los de cohecho deben resolverse conforme a la teoría del *concurso de leyes*, aplicando el *principio de alternatividad* (art. 8,4ª), es decir, el precepto que prevea mayor sanción para el delito cometido. Sin embargo, cuando a través de estos nuevos delitos de tráfico de influencias se cometan otros con bienes jurídicos diferentes (prevaricación, violación de secretos, etc.) se dará el correspondiente *concurso de delitos*, nor-

# Pleno Jurisdiccional Distrital Penal



## “Colusión Ilegal”


- ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Lima, 4a. Edición, Grijley, 2006. pp. 239-250.

# 3
# Colusión ilegal

SUMARIO: **I.** Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el derecho comparado. **III.** El bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo y Sujeto pasivo. **V.** Comportamiento típico: a) *Núcleo rector típico*; b) *Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos*: 1. Contratos; 2. Suministros; 3. Licitaciones; 4. Concurso de precios; 5. Subastas; 6. Cualquier otra operación semejante; c) *Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado*: 1. Convenios. 2. Ajustes.; 3. Liquidaciones; 4. Suministros. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Penalidad. **IX.** Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*; 2. *Causas de justificación*. **X.** Participación. **XI.** Concurso de delitos. **XII.** Legislación extranjera: 1. *Argentina (1922)*; 2. *España (1973)*; 3. *España (1995)*; 4. *Bolivia (1982)*.

Art. 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*».

## I. ANTECEDENTES LEGALES

Tiene como fuente directa al artículo 344 del Código penal de 1924. Las fuentes extranjeras de influencia para la redacción de dicho dispositivo fueron los artículos 400 y 401 del Código penal español y 265 del Código penal argentino.

## II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Este delito, que en otras legislaciones penales recibe los nombres de «negociaciones incompatibles» (Argentina, art. 265), «celebración indebida de contratos» (Colombia, arts. 144–148), «fraudes contra el Estado» (España [1973],

arts. 400–401), etc., tiene un propósito específico: el conminar a los funcionarios, servidores públicos y equiparados a que observen el rol especial que han asumido en los negocios, contrataciones y demás operaciones en los que participan a nombre del Estado.

El tipo penal no observa una adecuada técnica legislativa en su redacción, pues contiene innecesarias repeticiones y se halla condicionado a la concertación, ofreciendo además al análisis numerosos elementos normativos (contratos, licitaciones, concursos de precios, liquidaciones, etc.).

La intervención penal en esta área de conductas es de naturaleza subsidiaria y complementaria a los procesos administrativos respectivos que ventilan las responsabilidades de los sujetos públicos por conductas infuncionales de quebrantamiento del régimen de incompatibilidades y de instrumentalización de cargo o comisión especial para fines distintos a los oficiales.

## III. El bien jurídico protegido

El objeto de la tutela penal es cautelar la regularidad, el prestigio y los intereses de la administración pública, expresados en la idoneidad moralidad, celo profesional en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los agentes públicos. Castigando a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles han lesionado los intereses del Estado se reafirma así la vigencia del ordenamiento jurídico.

La figura de colusión ilegal es una modalidad de corrupción del sujeto público que nos muestra crudamente la venalidad y deslealtad, incompatibles con el cargo o comisión [235].

## IV. Sujeto activo y Sujeto pasivo

Sólo los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos activos. No puede serlo, por lo tanto cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; sus aportes serán en todo caso

---

[235] Considera Alberto Mellán que los funcionarios deben proceder en sus actos con absoluta prescindencia de otro interés que no sea el del servicio. Ver de dicho autor: «El delito de negociaciones incompatibles», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero–marzo. Buenos Aires, 1970, p. 27. Por su parte Luis Carlos Sáchica señala que *los principios administrativos rectores de* responsabilidad, lealtad institucional, profesionalismo, de incompatibilidades de técnica operativa, prelación del interés social y finalista de la función administrativa son el marco directriz obligado para los agentes públicos. Ver de dicho autor: *Principios constitucionales y leyes de la administración del Estado*. Bogotá, Temis, 1989, *passim*.





complicidad o asumirán irrelevancia. La norma no crea un tercer sujeto en el comisionista [236]. El art. 386 realiza una extensión normativa de la autoría o de participación, según la naturaleza del aporte, a los peritos, árbitros y contadores particulares.

Sujeto pasivo es el Estado.

## V. Comportamiento típico

Los componentes materiales del tipo reúnen diversos componentes normativos de naturaleza administrativa extra penal (operaciones o negocios diversos) en torno al comportamiento del funcionario o servidor público. Pero el núcleo rector se halla resumido en el acto de defraudar los intereses estatales y parestatales concertándose con los interesados.

### *a) Núcleo rector típico*

El núcleo del comportamiento ilícito, es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros [237].

Este defraudar los intereses estatales o parestatales a través de la concertación con quienes el Estado negocia implica toda una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos. Éstos se valen de las atribuciones poseídas para sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales o paraestatales, a los que por ley deben estar llamados a representar o cautelar, por sus pretensiones e intereses particulares [238].

---

[236] Véase el texto de Portocarrero Hidalgo: *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 148. Aquí el citado autor se refiere al comisionista como un sujeto especial desvinculado de su calidad pública. Discrepamos de tal posición.

[237] Por ser ilustrativos revísese las Ejecutorias supremas de 18 de abril de 1994, Exp. N° 143–93–ICA y la de 15 de abril de 1993 [*Sumilla N° 23*], que versan sobre colusiones defraudatorias al haberse omitido convocar a licitaciones públicas. Véase igualmente un caso de inexistencia de colusión defraudatoria con adjudicaciones directas, cuando los supuestos pagos indebidos a los interesados se originaron por la diferencia cambiaria de la moneda al momento del pago (Ejecutoria suprema de 9 de mayo de 1997, Sala C, Exp. N° 4159–95, Lima, en conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo).

[238] No se trata de que los funcionarios y servidores actúen con «probidad o imparcialidad», como equivocamente se acostumbra decir (*vid.* Angeles González / Prisancho Aparicio: *Código penal*, cit., T. VII, p. 3240). El rol o papel que le toca jugar al agente público colocado en estas circunstancias es el actuar profesionalmente y con parcialidad, no se trata de que sea imparcial, ya que es parte en las operaciones –señaladas en el tipo– a nombre del Estado.

Los sujetos que actúan a nombre del Estado deben hacerlo en representación del mismo y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los más óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares que nuestra norma penal llama los «interesados».

Lo que se niega o viola por parte de los sujetos activos con su comportamiento, que puede ser activo u omisivo, es la necesaria parcialidad estatal en la gestión, convirtiéndola en parcialidad personal o de los interesados, lo cual es incompatible con el cargo o comisión y que implica afectar los intereses económicos del Estado o de los organismos sostenidos por éste.

***Defraudar al Estado*** y a sus organismos o entidades es, así, el quebrantamiento del rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. La defraudación mediante concertación –que es lo que aquí se castiga– supone un aspecto de reproche moral juridizado por el engaño y además un segundo elemento de naturaleza material dado por el perjuicio ocasionado a los intereses estatales (patrimoniales, de expectativas de mejoras, de ventajas, etc.).

El perjuicio es elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño. Es de primera importancia para verificar el perjuicio los informes y dictamenes técnicos de la ley [238a].

La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto o confabulación con los interesados. La defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación no es típica de este delito.

***La concertación del agente público con los interesados*** implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego. Se puede concertar ilícitamente para presentar precios simulados, para admitir calidades inferiores a las requeribles, o para directa-

[238a] Al respecto véase la Ejecutoria Suprema del 2 de abril de 1998, Exp. 5608-97 Cajamarca, donde se declaró nula una sentencia absolutoria de funcionarios del IPSS que se coludieron con tercero proveedor para la adquisición indebida de ambulancias, en base a que de los informes técnicos de la Comisión de Fiscalización y de Inspectoría emergen elementos de juicio de comisión delictiva (véase en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 404). En sentido distinto el caso de colusión defraudatoria en la que Corte Suprema declara haber nulidad de la sentencia condenatoria por considerar que de la pericia contable y bromatológica se desprende que no ha existido irregularidades en la adquisición y calidad de los alimentos, declarándose la existencia de duda, absolviéndose a los procesados. Ejecutoria Suprema del 23 de octubre de 1997, Exp. 2395-96, Huánuco.







mente derivar de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines y mediante diversas modalidades confabulatorias. El término «interesados» comprende a los particulares (por oposición a lo público), sean éstos personas jurídicas o personas naturales que negocian con el Estado.

Toda concertación ilegal vulnera el deber de lealtad para con el Estado –que es un deber funcional del funcionario y servidor público– y defrauda expectativas especiales. El concepto Estado está tomado en sentido amplio para abarcar también a las instituciones locales de gobierno (Municipales y gobiernos regionales) y a las entidades y organismos que por ley forman parte de la estructura estatal.

***b) Ambito de comprensión típica de los negocios jurídicos***

El tipo penal es abierto al respecto. Los negocios en los que tenga que intervenir el funcionario o servidor público son:

***1. Contratos***

Los contratos en los que interviene el Estado son necesariamente acuerdos escritos formalizados con los particulares para ejecución de obras, provisión de bienes y/o prestación de servicios (transporte de bienes, programas de asesoramiento nacional o internacional, etc.), proyectos conjuntos, etc., que vinculan a un intercambio de prestaciones y establecen un marco jurídico de responsabilidades.

***2. Suministros***

El término suministro está usado en sentido ordinario (no necesaria y exclusivamente en el sentido técnico de contrato comercial) para aludir con él a las provisiones o abastecimiento de bienes diversos que hace o recibe el Estado.

En cuanto contrato es el realizado entre el Estado y un particular en virtud del cual éste se encarga, por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración pagada por la administración, de proporcionar prestaciones mobiliarias (por ejemplo, combustibles para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, etc.) [238b].

***3. Licitaciones***

Es un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras [238c].

[238b] DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, p. 323.

[238c] BAEZ MARTINEZ, Roberto: *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 146.

Es un procedimiento administrativo por el cual la administración pública invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato [236].

Se trata de procedimientos administrativos, de base constitucional y regulados legalmente, para dotar al Estado, en condiciones ideales, de contrataciones de obras, adquisición de bienes, servicios y suministros de diversa índole bajo estandares óptimos de calidad y precios y que posibilitarán la celebración de contratos o adquisiciones. La licitación supone una serie de actos sucesivos: autorización, publicación del pliego de condiciones y convocatoria, presentación de propuestas, garantías, apertura de propuestas, otorgamiento de la Buena Pro, adjudicación y aprobación [239]. Se considera que mediante la licitación pública se protege el interés público, lo que explica que se halle contemplada en la Constitución Política del Estado (art. 76) y regulada mediante Ley N° 26850 o Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (3-8-97) y su Reglamento Decreto Supremo 039-98-PCM (28-9-98). Antes de la dación de estos cuerpos legales, regían el Reglamento Unico de Licitaciones y Concurso de Obras Públicas - RULCOP (Decreto Supremo 034-80-VC) y el Reglamento Unico de Adquisiciones - RUA (Decreto Supremo N° 065-85-PM).

### *4. Concursos de precios*

La palabra «concurso» es entendida como la convocatoria o llamamiento público para que se proceda ulteriormente a la elección de la mejor oferta de precios de los bienes. El RUCOLP lo define como «modalidad por la cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública, previa invitación cursada por la entidad que convoca el concurso» [240].

---

[236] Diana, Roberto, *op. cit.*, p. 227)

[239] Véase Grau, Emilio: «Licitación», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, T. XVIII, p. 702. *Idem*, con gran detalle y solvencia conceptual Diana, Roberto: *Derecho administrativo*, op. cit., pp. 227 y ss. Véase igualmente el Reglamento Unico de Licitaciones, Titulo IV.

[240] RULCOP, Título II, artículo 1.2.4. Los artículos del Título VII establecían las siguientes características:

«Art. 7.1.4: *El concurso de precios se convocará por invitación a un mínimo de 3 contratistas*».

«Art. 7.1.5: *El plazo entre la Carta Invitación y la presentación de las propuestas no podrá ser menor de 15 días*».

«Art. 7.1.6: *El acto del concurso será ante Notario Público*».

«Art. 7.1.8: *La comisión encargada de la recepción y apertura y de los primeros y segundos sobres, así como del otorgamiento de los Buena Pro, deberá estar conformada por un mínimo de tres funcionarios (...)*».







### *5. Subastas*

Subastas son operaciones de venta pública de bienes al mejor postor. Una subasta pública es de carácter *judicial* cuando se realiza por orden de la autoridad jurisdiccional competente, o es *administrativa* cuando la efectúan los entes estatales sin necesidad de la autorización o presencia del juez o autoridad judicial.

### *6. Cualquier otra operación semejante*

Con esta frase el tipo penal efectúa una vasta apertura al cúmulo posible de operaciones que se semejen a las designadas en el tipo. Aquí, a diferencia de la fórmula española de 1995 [241] que admite fraudes no concertados con los particulares, es decir, a título personal, cualquier otra operación semejante está condicionada a que igualmente sea bajo colusión.

Puede ocurrir, como acota Alberto Millán [242], que se presenten situaciones donde se aduzca que no se ha contratado (por ejemplo, una expropiación, un secuestro, embargo, incautación de bienes, comiso, etc.). Son estas y otras operaciones tales como la concesión de uso de bienes del dominio público y diversos contratos de riesgo (exploración-prospección de probables asientos petroleros, implementación de planes pilotos, etc.) que el tipo penal quiere cubrir con la frase «cualquier otra operación semejante».

### *c) Ambito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado*

A diferencia del texto amplio y abierto de negocios jurídicos en los que le toca intervenir al funcionario o servidor público, la ley restringe a cuatro las operaciones administrativas susceptibles de ofrecer el marco adecuado para la concertación entre los funcionarios y servidores con los interesados en su propósito de defraudar al Estado:

### *1. Convenios*

Este término está tomado en sentido puntual para indicar los acuerdos específicos a los que se llegue. Un contrato puede constar de uno o de múltiples convenios. Los acuerdos son positivizados en los convenios que contiene el contrato o tratado.

### *2. Ajustes*

El término tiene varios significados [243], pero en el contexto en que es usado en el tipo penal se hace referencia a las adecuaciones o reacomodos realizados a

---

[241] Véase *infra* p. 250, Legislación Extranjera.

[242] Millán: «El delito de negociaciones incompatibles», cit., p. 30.

[243] El ajuste en otras legislaciones es un contrato (contrato de ajuste) por el cual el capitán de buque, los oficiales y la tripulación acuerdan recíprocamente prestaciones para viabilizar viajes.

los convenios y contrataciones en general asumidos entre el Estado y los interesados. El RULCOP y la Ley N° 26850 utilizan el vocablo «reajuste».

El ajuste presupone ciertos desacuerdos o desentendimientos en los contratos, suministros, etc., que son solucionados vía «ajustes». Así, se ajustan precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc.

La idea central del ajuste implica la adecuación de un negocio, de una cosa o de cualquier acto, en el campo del Derecho, a lo justo de una norma legal, convencional o consuetudinaria previamente establecida entre las partes. En suma se puede definir el ajuste como «el acto de concertar una solución jurídica, teniendo en cuenta la ley adoptada para el caso o negocio, por las partes» [244].

### *3. Liquidaciones*

En el lenguaje propio de los negocios públicos «liquidación» es la culminación usual de los contratos celebrados entre el Estado y los interesados. Dicho elemento normativo se halla contemplado en el artículo 43 de la Ley N° 26850 y el artículo 98 de su Reglamento, así como en los artículos 5.12.1 y 5.12.2 del RULCOP, siendo obligación del contratista elaborarlo y presentarlo a la entidad contratada en los plazos fijados reglamentariamente. La liquidación deberá ser aprobada por Resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello se cierra el expediente de la contratación o adquisición.

### *4. Suministros*

Cabe lo dicho anteriormente.

## VI. Elemento subjetivo

Se necesita de dolo directo en el comportamiento activo, dadas las características del tipo penal. El concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual. El sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidades extraeconómicas que buscan perjudicar al Estado.

El dolo requerido en la omisión (guardar silencio, no denunciar irregularidades dolosas, hacer lo no debido, etc.) para perfeccionar el elemento subjetivo típico del delito de colusión es el dolo eventual, es decir, que el agente acepte el hecho, aunque no actúe positivamente para conseguirlo, estando en posición de garante.

---

[244] *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1984, T. I, p. 622.







## VII. Consumación y tentativa

El delito es de resultado, es decir, requiere que se produzca la defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico. No se requiere que necesariamente el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo.

Las diversas formas de tentativa son perfectamente admisibles, ya que se trata de operaciones y negocios del Estado que se componen de una diversidad de actos en tiempo y espacio. La simple concertación sin que se produzca la defraudación es tentativa inacabada. La frustración o postergación de la celebración de los acuerdos defraudatorios, de ser detectados, implica delito frustrado. El desistimiento voluntario es igualmente admisible. La colusión que no llega a ocasionar perjuicio al Estado, según las circunstancias, o es irrelevante penalmente o es simple tentativa.

## VIII. Penalidad

Es la más alta de todos los delitos contra la administración pública: de 3 a 15 años de privación de la libertad, además de la pena de inhabilitación de uno a tres años (art. 426).

## IX. Fases negativas del delito

### *1. Atipicidad:*

- Si es que no existe concierto defraudatorio [245].
- Si el sujeto interviene en las operaciones al margen de su cargo [246]. Su hecho podrá revestir relevancia de otras figuras penales (estafa o defraudación) pero no de colusión legal.

---

[245] Un caso de atipicidad por inexistencia de concierto para defraudar declarada judicialmente se halla en la Ejecutoria del 14 de mayo de 1998, Exp. N° 4174-97, Lima, en la cual se absuelve *el ex*-alcalde de Chorrillos quien había sido condenado por la Corte Superior de Lima por delito de colusión defraudatoria en agravio de la Municipalidad del mismo nombre. Consideró la Corte Suprema que la reducción de la renta por merced conductiva a la empresa «Restaurante Salto del Fraile» acordada vía Resolución de Alcaldía está dentro de la competencia y atribuciones del Alcalde quien puede celebrar y acordar todos los actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función, habiéndose negociado y ejecutado el referido contrato según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes [*Sumilla N° 5*]. Véase la ejecutoria en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 650.

[246] Véase, al respecto, la Ejecutoria suprema de 31 de octubre de 1997, Exp. N° 3838-96, Lambayeque [*Sumilla N° 5*]. Caso de Alcalde y regidores que suscriben contratos en su calidad de vecinos y no de funcionarios.

- Si el sujeto carece de facultades de decisión [247].
- Por inexistencia de prueba idónea [248].
- Por actos cometidos sin dolo.
- Por no existencia de perjuicio al Estado [249].

### *2. Causas de justificación*

Es difícil hallar una causal justificatoria del comportamiento del agente dado el dolo directo con el que debe actuar quien se colude con los interesados para defraudar los intereses públicos, máxime si el funcionario o servidor asume por ley posición de garante y le es obligatorio conocer el régimen de incompatibilidades.

Donde sí es muy frecuente encontrar causas de justificación del comportamiento antijurídico es en los actos de los cómplices funcionales, es decir, en el personal administrativo que por ligereza inexcusable u obediencia contribuyeran a los actos del sujeto activo.

## X. Participación

Cabe complicidad de otros funcionarios y servidores, incluso de particulares dada la naturaleza compleja de los actos contenidos en el tipo penal. Los «interesados», vocablo con el que se alude a los que siendo particulares negocian con el Estado, tienen la calidad de *cómplices primarios* de delito de colusión, ya que sin ellos, por la forma como está construido el tipo penal, sería impracticable la tipicidad del delito.

Al no tener los «interesados» titularidad pública, ni deberes de lealtad en sus relaciones con el Estado, no resulta coherente imputarles responsabilidad a título de autoría.

---

[247] Ejecutoria Suprema de 20 de marzo de 1998, Exp. N° 1522-97, Lima [*Sumilla N° 4* y *Ejecutoria N° 28*]: «El procesado que en su calidad de administrador y que no tuvo al momento de los hechos poder de decisión en la celebración de los contratos cuestionados no comete delito de colusión defraudatoria».

[248] En tal sentido, la Ejecutoria Suprema de 23 de octubre de 1997, Exp. N° 2395-96, Huánuco, que descarta la existencia de delito si de las resultas de la pericia contable y otra no se derivan la existencia del perjuicio al ente público [*Sumilla N° 11*].

[249] Ejecutoria Suprema de 5 de mayo de 1997 (Sala C), Exp. N° 4110-95, Arequipa, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo: «No ha quedado acreditado la comisión de los delitos ni la responsabilidad penal de los acusados, puesto que si bien es cierto que se han adulterado documentos de la entrada y la salida de la carne y arroz, no se ha probado que tales adulteraciones fueran con la finalidad de sustraer víveres de los almacenes ni que se haya perjudicado al Estado, puesto [sic] que no existe ningún faltante de víveres y respecto de las compras en exceso, no están acreditado perjuicio para el Estado, toda vez que han sido consumidos en su totalidad».







## XI. Concurso de delitos

El sujeto activo (funcionario o servidor) y los particulares, estos últimos en su calidad de cómplices, pueden incurrir, asimismo, en delitos contra la fe pública falsificando o alterando documentos (arts. 426–427) o en estafas (art. 196). En el caso de los sujetos públicos se pueden presentar figuras de corrupción pasiva (arts. 393–394) según reciba o solicite donativo, promesa o ventaja para hacer lo debido o indebido, o también de concusión (art. 382) de exigir el agente bienes o beneficios económicos.

## XII. Legislación extranjera

### *1. Argentina (1922)*

«C.P. de Argentina (1922), art. 265: *Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo.*

*Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curadores, testamentarias o concursos*».

Aquí, a diferencia de lo que ocurre con el tipo penal de colusión contemplado en la legislación penal peruana, la consumación del delito requiere tan sólo la presencia del interés ilícito del funcionario en el contrato u operación. Es, pues, como indica Fontán Balestra, un delito formal o más conocido modernamente como de simple actividad y de peligro. El tipo penal argentino contiene algunas modalidades de comisión que la peruana no contempla de forma expresa: directamente, mediante persona interpuesta o por acto simulado. Asimismo, se extiende legalmente la autoría a los designados en la norma, lo que obvia las dificultades de interpretación que se presentan, por ejemplo, en el modelo peruano de ampliación de tipicidad que analizaremos más adelante.

### *2. España (1973)*

«C.P. de España (1973), art. 400: *El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, Provincia o Municipio, incurrirá en las penas de prisión menor e inhabilitación especial*».

«C.P. de España (1973), art. 401: *El funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir*

*por razón de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación especial y [illegible] del tanto al triple del interés que hubiere tomado en el negocio.*

*Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores partidores, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación [illegible] intervenido, y a los tutores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus [illegible] testamentarías».*

### 3. *España (1995)*

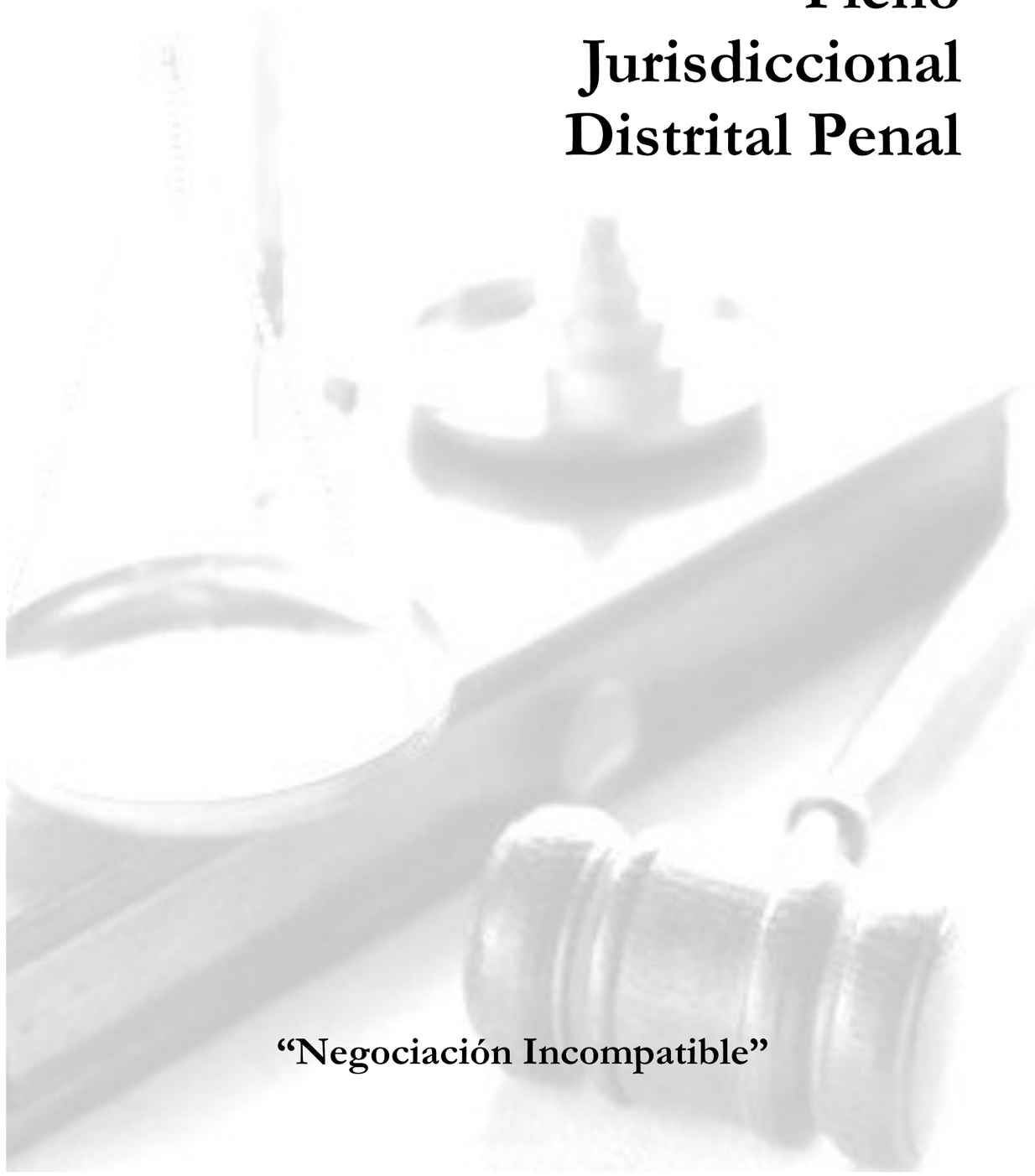
«C.P. de España (1995), art. 436: *La autoridad o funcionario público, [illegible] viniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de [illegible] tación pública o en liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertara [illegible] interesados o usare de cualquier artificio para defraudar a cualquier ente público, [illegible] rrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para [illegible] cargo público por tiempo de seis a diez años».*

### 4. *Bolivia (1982)*

«C.P. de Bolivia (1962), art. 150: *El funcionario público que por sí o por [illegible] puesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para tercero [illegible] beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que intervenga por razón de su cargo, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años y [illegible] de 30 a 500 dólares.*

*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, intervienen y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, respecto de los bienes pertenecientes a sus pupilos, curatela, testamentarías, concursos, liquidaciones y actos análogos».*

# Pleno Jurisdiccional Distrital Penal



## “Negociación Incompatible”


- ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Lima, 4a. Edición, Grijley, 2006. pp. 239-250.

# 2
# Negociación incompatible

SUMARIO: **I.** Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo y pasivo. **V.** Comportamientos típicos: a) *Interesarse directa o indirectamente o por acto simulado*, b) *El objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación*, c) *Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional*. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Participación. **IX.** Penalidad. **X.** Concurso de delitos. **XI.** Fases negativas del delito: 1. *Atipicidad*, 2. *Causas de justificación*, 3. *Causa de exculpación*. **XII.** Problemática. **XIII.** Legislación extranjera: 1. *España (1870)*, 2. *España (1995)*, 3. *Francia (1810)*, 4. *Italia (1930)*, 5. *Argentina (1922)*, 6. *Portugal (1982)*, 7. *Colombia (1980)*, 8. *España (1995)*.

*Art. 397: «El funcionario y servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años».*

## I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente directa se halla en el artículo 345 del Código penal de 1924 [437]: *«El funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.*

---

[437] Artículo que tiene su base en el artículo 201 del código de 1863, que tiene idéntica redacción típica que la de 1924 con la excepción de la penalidad que en el código de 1863 sólo merecía inhabilitación y multa.

*Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación adjudicación o participación intervienen y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías».*

La fuente legislativa extranjera se halla en los artículos 175 del Código penal francés de 1810 [438] y 324 del Código penal español de 1850, que sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924, 1991 y argentina de 1922, actualmente vigente, colombiana de 1936 y 1980y demás.

## II. La figura penal

El modelo peruano de negociación incompatible de funcionario o servidor público tiene gran similitud con los modelos colombiano (art. 145) y argentino (art. 265). En este último las modalidades de interés ilícito pueden producirse directamente, por persona interpuesta o por acto simulado. En la figura peruana puede ser directa o indirectamente o por acto simulado. Dos maneras de significar lo mismo.

Se trata de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación, que como se apreciará del análisis a realizar tiene grandes similitudes con el delito de colusión defraudatoria contenido en el art. 384 del Código penal, con las obvias diferencias que en la negociación no es requerible la concertación ni la existencia de perjuicio; esto último explica la penalidad menor del art. 397. El legislador peruano ha preferido ubicar esta figura en el rubro de corrupción de funcionarios, a diferencia del español que lo considera una forma de fraude ilegal (Código penal de 1973) o un delito incluido en el rubro «negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos» (Código penal de 1995). Por su parte, la legislación penal argentina lo considera en un capítulo autónomo denominado «Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas». A efectos de una mejor sistematización, esta figura penal –de *«lege ferenda»*– deberá ser reubicada a continuación de la colusión defraudatoria, ya que se trata de una modalidad atenuada de la misma.

## III. Bien jurídico protegido

El objeto genérico de la tutela penal es el normal funcionamiento y el prestigio de la administración pública. El objeto específico radica en preservar la administración pública de comportamientos infuncionales (deslealtades) de

[438] Véase *infra* p. 452, Legislación Extranjera.







interés privado de sus agentes. Para Antolisei el fin de la norma es asegurar el desinterés del funcionario público en el ejercicio de sus funciones [439].

## IV. Sujeto activo y pasivo

Es sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades o competencia para intervenir, que nacen en razón a su cargo, en el contrato u operación. La autoría puede ser simple o colegiada (coautoría). De no existir vinculación en razón al cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor el supuesto de hecho ilícito será atípico de esta figura.

Es sujeto pasivo del delito el Estado.

## V. Comportamientos típicos

El verbo rector es: interesarse.

Modalidades de comisión: **a)** directamente; **b)** indirectamente; **c)** por acto simulado. Cada una de las cuales configura un ilícito penal propio o combinable.

Los componentes materiales del comportamiento típico son tres:

### *a) Interesarse directa o indirectamente o por acto simulado*

El interés típico del artículo 397 no tiene una acepción declaradamente genérica, ni el sentido directo de provecho o utilidad que en una de sus múltiples acepciones contiene el término interesarse, sino el de ingerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales. Creus condensa bien esto cuando indica «interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros» [440]. El interés puede surgir antes del contrato (acto preparatorio aún no punible), durante la ejecución del mismo o en la fase de liquidación [441].

[439] Antolisei: *Manuale de Diritto penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, pp. 629 y 316; Maggiore: *Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 36.

[440] Creus: *Derecho penal. Parte especial*, cit., T. 2, p. 309.

[441] Camaño Rosa acota que la intervención interesada puede ocurrir en el proyecto, ejecución, redacción, notificación, modificación, revocación, anulación y ejecución («Delitos contra la administración pública en el Código penal uruguayo», cit., p. 63).

Nuestra legislación penal no dice nada acerca de la *naturaleza de dicho interés*, a diferencia, por ejemplo, de la colombiana (art. 145) que habla de *interesarse* en provecho propio o de un tercero, o el portugués (art. 427) que refiere el interés del funcionario para obtener participación económica ilícita para sí o un tercero; o de la italiana (art. 324 derogado) que extendía el interés del funcionario a cualquier acto de la administración pública en función a un interés particular amplio [442]. Como afirma CAMAÑO ROSA, «no es necesario que dicho interés privado entre en conflicto con el interés público, basta que sea incompatible funcionalmente, pues aquí se castiga la conjunción de los intereses» [443].

Dos son las posiciones dadas sobre la naturaleza del interés: **1)** se trata de un interés en procura de provecho o ventaja económica para sí o para un tercero (GARRAUD, MERLE, VITU, en la doctrina francesa); y **2)** el interés es de naturaleza amplia, no sólo económica, basta que sea incompatible funcionalmente (SABATINI, MANZINI, ANTOLISEI, DELFINO, en la doctrina italiana). Roger MERLE y André VITU, por ejemplo, sostienen que es objetivo del art. 175 del Código penal francés el luchar contra el espíritu de lucro de los funcionarios públicos en la gestión de los negocios públicos [444]. MANZINI, por su parte, explica que el interés puede ser por un fin ilícito particular de la naturaleza que fuere en provecho propio o ajeno [445]. Se aprecia así el peso de la doctrina francesa en nuestros legisladores que decidieron por considerar al delito de interés ilícito como una forma de corrupción.

La polémica de carácter histórico entre ambas escuelas obedece en realidad a la especial configuración de los componentes típicos de los artículos 175 francés y 324 italiano [446], donde en el primero se alude expresamente a «*affaires*» (negocios) y en el segundo se habla de «*cualquier acto*» de la administración pública.

---

[442] Ver *infra* p. 452, Legislación Extranjera.

[443] CAMAÑO ROSA: «Delitos contra la administración pública en el Código penal uruguayo», cit., p. 63.

[444] MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, Paris, Editions Cujas, 1982, p. 297.

[445] MANZINI indica que: «en lo que concierne a este interés del oficial público, es de observar que su ingerencia en relación al acto, puede adoptar una forma cualquiera: *activa*, desde la simple propuesta de una orden del día, el voto, la decisión, el cointerés financiero, la recepción de una dieta, el aprovechamiento en beneficio propio de ventaja únicamente concedidas a las entidades públicas; u *omisiva*, como cuando el oficial público no se retire una vez surgida la incompatibilidad específica» (*Tratado de derecho penal*, cit., T. 8, Vol. III, p. 318).

[446] Véase *infra* p. 452, Legislación Extranjera.







Tanto el Código penal argentino como el peruano siguen en este punto la orientación francesa, razón por la cual son válidas plenamente las interpretaciones que sobre su contenido y naturaleza efectúan los doctrinarios argentinos. Se trata de ingerencias infuncionales donde el interés del funcionario o servidor, dado la naturaleza de los actos en que interviene, reviste naturaleza económica (provechos, ventajas, etc.).

***Interesarse de forma directa*** es la primera modalidad prevista en la ley penal peruana. Y ello implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación–revocatoria ejecución, etc., del contrato u operación.

***Interesarse en forma indirecta*** es hacerlo a través de otras personas en el contrato u operación (el caso típico del uso de testaferros), pudiendo ser particulares, u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen niveles de ingerencia, quienes se ubican en el ámbito de los actos de dominio y control del sujeto activo del delito para sus fines ilícitos. Dichos intermediarios juegan aquí el papel de cooperadores o cómplices y según el caso pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato.

***Interesarse mediante acto simulado*** es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales; es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o en una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes. El acto simulado, dice FONTÁN BALESTRA, es aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido [447].

### *b) El objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación.*

Los contratos en los que es parte el Estado son variados y numerosos y se refieren a negociaciones obviamente lícitas de contenido múltiple, no sólo económico (de servicios, culturales, económicos, de obras, etc.), de derecho privado o público. Como precisa ALBERTO MILLÁN, la incriminación funciona para todos los contratos que realiza el Estado cualquiera sea el carácter y materia en que actúa [448].

---

[447] FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 146.

[448] MILLÁN, Alberto S.: "El delito de negociaciones incompatibles", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, enero–marzo, Buenos Aires, 1970, p. 30.

Las *operaciones* son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiación, etc.). El objeto de la norma penal al emplear este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales.

Queda claro entonces que el interés ilícito del funcionario o servidor público tiene naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden tener diversidad de líneas (económicas, culturales, de servicios, etc.).

***c) Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional***

El funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función a las prerrogativas de su cargo, puesto o empleo en la administración pública. Ello supone que: **a)** es inherente al ámbito de su competencia el ser parte en el contrato u operación; **b)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo.

El acto de intervenir es legítimo, el interés particular puesto de manifiesto es ilícito y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades del funcionario o servidor público que deberá ser previamente dilucidado en vía administrativa.

Para que se produzca el delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades. El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Pero, sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal, tornándose así incompatible dicha ingerencia con su rol funcional [449]. Ni el Estado está representado por el sujeto especial, ni éste cumple con las obligaciones de su cargo: el interés personal entra en colisión con el interés de la administración pública, circunstancias en las cuales el control estatal, primero administrativo y –de reunir las características de relevancia– luego el penal, interviene.

[449] A esta situación Soler llama el desdoblamiento de la personalidad del funcionario: a un tiempo resulta intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado particular y como órgano del Estado (*Derecho penal argentino*, cit., T. VI, p. 189).







## VI. Elemento subjetivo

El tipo es doloso. Requiere dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

## VII. Consumación y tentativa

La figura penal de negociación incompatible es a todas luces un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere para su consumación que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado [450]; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor.

No se requiere, asimismo, que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de éste sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la administración pública. El agente puede interesarse para sí en una parte del contrato u operación y en lo que resta asumir el interés de la administración estatal, situación en la cual igualmente se habrá consumado el delito.

Las modalidades de tentativa son muy discutibles. Si el acto de interesarse admite fragmentación y un «iter» espaciado, puede hablarse de tentativa. Pueden darse situaciones de delito continuado y de permanencia. El tipo es fundamentalmente de comisión activa que no descarta por lo mismo omisiones relevantes.

## VIII. Participación

En los actos de la contratación administrativa pueden concurrir aportes de dominio y control del hecho (propio de los autores) como actos de cooperación secundaria e instigación atribuibles a particulares e incluso a funcionarios o servidores que no poseen vinculación funcional con los contratos u operaciones. En los actos de interesarse ilícitamente, por tratarse de un delito de peligro de imputación personal, sólo cabe pensar en la hipótesis de instigación al interés ilícito atribuible a particulares o a sujetos públicos desvinculados funcionalmente.

[450] Véase tesis afirmativas y negativas sobre este punto Molina Arrubla: *Delitos contra la administración pública*, cit., pp. 280–281.

## IX. Penalidad

Penalidad promedio para los delitos cometidos por sujetos públicos: 2 a 5 años de privación de libertad más la inhabilitación de ley como pena accesoria (art. 36, incisos 1 y 2 del Código penal).

## X. Concurso de delitos

Pueden generarse situaciones de concurso con los tipos penales de colusión defraudatoria (art. 384), tráfico de influencias (art. 400), fe pública (arts. 427, 428) patrocinio ilegal (art. 385).

## XI. Fases negativas del delito

### *1. Atipicidad*

Hay atipicidad al no existir vinculación entre el comportamiento del funcionario o servidor consistente en interesarse y el cargo o función.

No existencia de referentes de incompatibilidad.

### *2. Causas de justificación:*

- Obrar bajo orden obligatoria de autoridad competente.
- La autorización formal dada por un superior jerárquico o entidad autorizada no permite justificar la antijuricidad del hecho.
- La posición de garante que ocupa el sujeto público no permite la presencia de las demás causas justificantes o permisos para obrar contra el derecho.

### *3. Causas de exculpación:*

- El error de prohibición invencible. Cuando el comportamiento del sujeto activo obedece a la firme creencia de que en el ámbito de acción en que actúa el hecho no está prohibido por la norma o no ingresa el régimen de incompatibilidades funcionales, o que la ley permite el interesarse al no haberlo prohibido expresamente.

## XII. Problemática

**1)** *¿En el caso que el funcionario o servidor se interese para favorecer concertadamente a otro funcionario de jerarquía superior, abarca también el tipo de negociación incompatible esta situación?*

Sí, ambos serán comprendidos como coautores del delito.







**2)** *¿Es comisible el delito de interés ilícito en contrato u operación por omisión?*

Sí, es posible que se presente en la modalidad que se perfecciona por uso de acto simulado.

**3)** *¿Influye en algo el hecho que el funcionario antes de adquirir tal calidad haya estado interesado en los contratos u operaciones como particular?*

La figura plantea dos situaciones: **a)** la del particular que accede al cargo; y **b)** la del funcionario que asume tales funciones. Es irrelevante para configurar el delito; puede ser invocado por el juez como un elemento a tomar en cuenta para determinar pena.

**4)** *¿Si el contrato en el que interviene el funcionario o servidor en razón a su cargo, es nulo* «ipso iure»*, el interés particular puesto en él por dicho sujeto sigue siendo típico?*

El caso es debatible. Se puede argumentar la inidoneidad del elemento normativo principal que hace atípica la figura, quedando subsistente la relevancia administrativa en los actos del sujeto público. Pero con igual fuerza argumentativa se puede aducir distintamente en función al sentido de peligro del término *interesarse*.

**5)** *¿El consentimiento o la complacencia puesta por el superior jerárquico o la entidad administrativa al comportamiento del funcionario o servidor que se interesa ilegalmente, justifica la antijuricidad del delito, es decir, justifica ante el derecho tal conducta?*

No. En tal supuesto el superior jerárquico comete el delito del art. 377 del Código penal, si es que no existe concierto; de producirse será coautor de negociación incompatible o cómplice según el grado de sus aportes.

**6)** *¿Si producto del interés ilícito del funcionario o servidor se produce ventaja o utilidad económica para el Estado, pierde tipicidad o contiene menor grado de injusto penal el delito?*

Tal circunstancia es irrelevante, el delito igualmente se habrá consumado. La figura penal del art. 397 no castiga el cumplimiento del acto (contrato u operación), ni la verificación del beneficio o perjuicio, sino el interés particular puesto por el funcionario o servidor violando sus deberes funcionales.

**7)** *¿Si el funcionario o servidor que se interesa ilegalmente recibe donativo promesa o ventaja, existe concurso de delitos?*

Sí, en una unidad jurídica de acción se ha producido las figuras de negociación incompatible (art. 397) y cohecho pasivo (art. 393). Existe concurso ideal de delitos, el sujeto especial será juzgado por ambos delitos.

## XIII. Legislación extranjera

### 1. España (1870)

«C.P. de España (1870), art. 412 (con igual descripción típica el art. 401 del Código de 1973): *El funcionario público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba de intervenir por razón de su cargo será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.*

*Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores, curadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías».*

### 2. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 439: *La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 4 años».*

### 3. Francia (1810)

«C.P. de Francia (1810), art. 175: *Todo funcionario, oficial público o agente del gobierno que, ya abiertamente, ya por actos disimulados, ya por medio de otras personas, hubiese tomado o recibido un interés cualquiera con motivo de las actas, adjudicaciones, empresas o arriendos cuya administración o vigilancia estuvieren en todo o en parte en su poder en el momento de celebrarse será condenado a un mínimun de seis meses o un maximun de dos años de prisión y sufrirá además multa cuyo* maximun *será la cuarta parte de las restituciones y de las indemnizaciones, y cuyo* minimun *será la dozava parte de las mismas. Se le declarará además incapacitado durante toda su vida para ejercer ningún cargo público.*

*La presente disposición será aplicable a todo funcionario o agente del gobierno que hubiere tomado un interés cualquiera en un negocio cuyo pago o liquidación estuviere a su cargo».*

### 4. Italia (1930)

«C.P. de Italia (1830), art. 324 (derogado por Ley 86 del 26 de abril de 1990): *El oficial público que, directamente o por interpuesta persona o mediante actos simulados, toma un interés privado en cualquier acto de la administración pública en la cual ejerce su propio oficio, es castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con la multa de 200,000 liras a 4'000,000».*





### 5. Argentina (1922)

«C.P. de Argentina (1922), art. 265: *Será reprimido con reclusión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo.*

*Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubiesen intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamentarías o concursos».*

### 6. Portugal (1982)

«C.P. de Portugal (1982), art. 427: *El funcionario que, con intención de obtener para sí o para un tercero participación económica ilícita, lesionare en un negocio jurídico los intereses patrimoniales que en todo o en parte le corresponde, en razón de sus funciones, administrar, fiscalizar, defender o liquidar, será penado con prisión de hasta 4 años y multa de 30 a 90 días.*

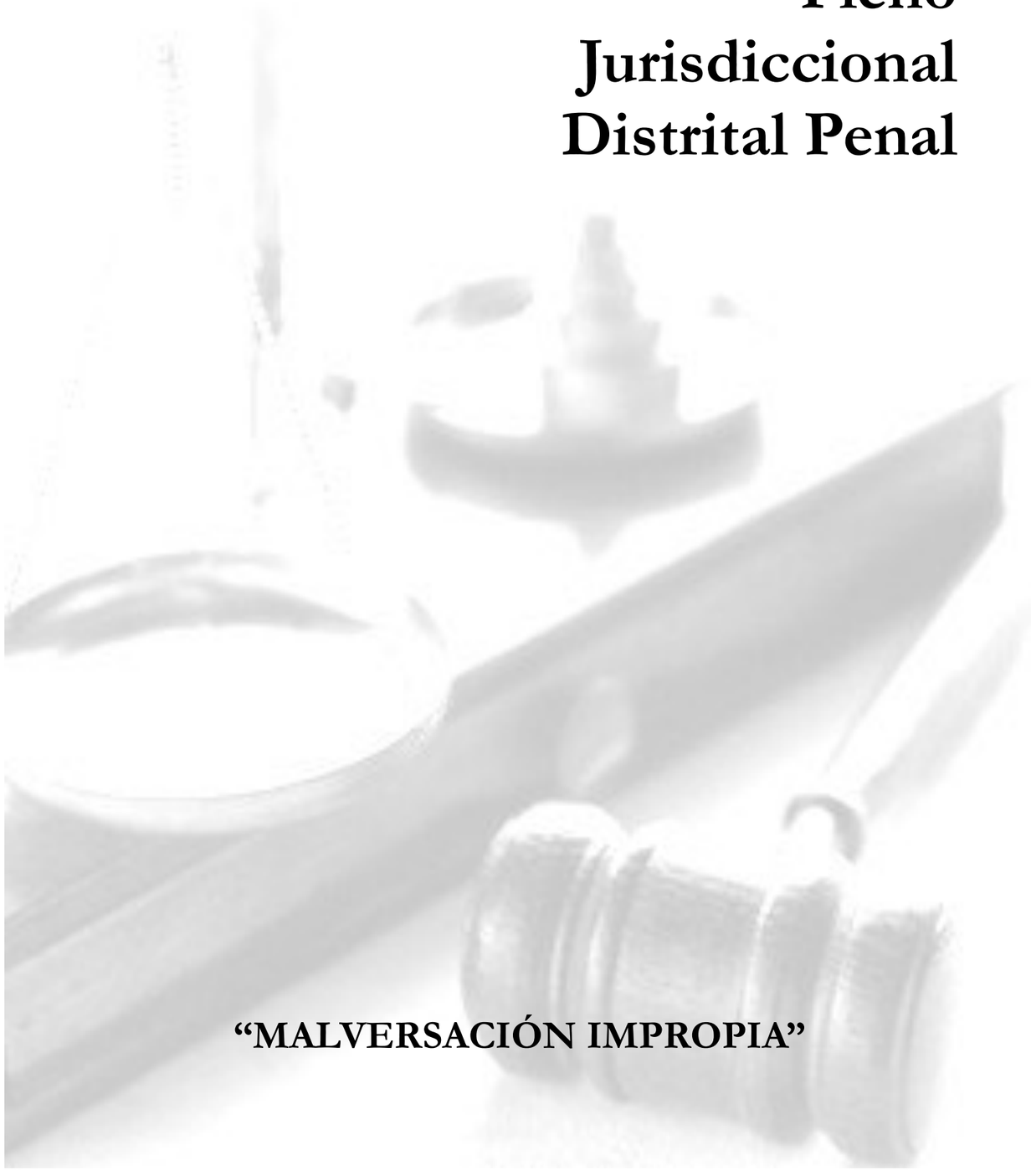
### 7. Colombia (1980)

«C.P. de Colombia (1980), art. 145: *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 [seis (6) meses a tres (3) años, en multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años]».*

### 8. España (1995)

«C.P. de España (1995), art. 439: *La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 4 años».*

# Pleno Jurisdiccional Distrital Penal



# “MALVERSACIÓN IMPROPIA”


- VIVES ANTON, T.S. Derecho Penal Parte Especial. Valencia, Editorial Tirant lo blanch, año 2001 pp. 713-721.

perjuicio para la causa pública y la posibilidad de proyectar la conducta sobre bienes inmuebles sólo aparece en el artículo 434, pero sigue subsistiendo la duda sobre si se trata de conductas coincidentes o diferentes las que se castigan en uno y otro precepto.

En el artículo 432 la conducta se cifra en sustraer; en el 433, en destinar; y en el 434, en aplicar. Entre destinar y aplicar no parece que haya grandes diferencias. Sustraer, por el contrario, da la impresión de tener un significado distinto, tal como hurtar, que da indicios de apropiación. Mas, a la postre, comportando los artículos 432 y 434 ánimo de lucro, aquella desemejanza se diluye, aunque las diferencias en orden a la entidad de las penas respectivas pueda apuntalarla. Y también sería factible interpretar de manera diferente el ánimo de lucro en cada uno de los repetidos artículos: en el 432 como indicativo del animus rem sibi habendi, en el 434 como equivalente a la intención de obtener otra clase de ventajas económicas. Aunque quizá ello obligase a pensar que también en la malversación del artículo 433 puede haber unas ventajas económicas —de hecho, el reenvío penológico previsto en el párrafo segundo de este artículo, muestra, de alguna manera, que para el legislador también en esta modalidad de malversación hay beneficio económico— con lo que la divisoria entre éste artículo y el 434 se emborronaría un tanto.

Así las cosas, podría apuntarse que el artículo 432 está pensado para los supuestos de apropiación definitiva de los caudales o efectos malversados; en tanto que el 433, para los de utilización temporal de los mismos; y el 434, para los de su aplicación con carácter más duradero sin reintegrarlos.

Llegados a este punto, resulta obvio que son demasiadas elucubraciones para tan magra tarea, como obvio resulta que al legislador no le ha acompañado la fortuna en la configuración y deslinde de los dos últimos tipos del capítulo VII. Lo que obliga a un esfuerzo interpretativo desproporcionado.

### *3.2. Malversación impropia*

Supone la extensión de las disposiciones anteriores a las personas indicadas en el artículo 435 cuando, además de la realización de alguna de las conductas previstas en los artículos 432, 433 ó 434, se den unos requisitos que por lo que hace a las comprendidas en los números 1° y 2°, consiste en el encargo o designación para la custodia de los fondos

indicados; y en lo atinente a los sujetos comprendidos en el número 3º pueden cifrarse en los siguientes, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial: 1) un embargo, secuestro o depósito de caudales realizados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; 2) una persona designada depositaria de dichos caudales por la autoridad judicial, que adquiere así ex lege el ejercicio de función pública para cumplir su misión; 3) la aceptación del cargo por el depositario, tras ser debidamente informado de su nombramiento y de las obligaciones que contrae; 4) un acto de disposición de los caudales sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo (SSTS de 24 de enero de 1956, 30 de enero de 1969, 7 de mayo de 1990, 10 de marzo de 1994, 14 de marzo de 1995).

## 4. Fraudes y exacciones ilegales

### *4.1. Fraudes*

En relación con el artículo 400 del Código derogado, precedente inmediato del 436 actual, se han apuntado los siguientes elementos: 1) Sujeto activo es el funcionario público o autoridad que interviene en el hecho en el ejercicio de sus funciones; 2) la intervención del funcionario o autoridad ha de realizarse en alguna de las materias relacionadas (en el artículo 436); 3) el núcleo de la conducta delictiva puede consistir en concertarse con los interesados o en usar cualquier otro artificio; 4) tales acciones han de realizarse para defraudar a cualquier ente público (STS de 16 de febrero de 1995).

De acuerdo con el anterior esquema, perfectamente asumible en relación con el nuevo tipo, hace falta que el funcionario o autoridad, no solamente se haya concertado o usado de cualquier artificio con la intención de defraudar a un ente público, sino que es menester que lo haya hecho con motivo de su intervención oficial en las operaciones mencionadas. Estos dos verbos —concertarse y usar— describen la conducta penada, los dos trascendidos por un mismo objetivo perseguido por el sujeto, como es el de defraudar a un ente público, convertido en elemento subjetivo del injusto.

Por haberes públicos ha entendido el Tribunal Supremo, el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona



pública (incluyendo en ellos los impuestos que cobra dicha persona pública, tales como la liquidación de un impuesto de plusvalía; así en la STS de 16 de febrero de 1995).

La consumación se produce cuando se ponen de acuerdo funcionario e interesados o cuando se usa de cualquier artificio, persiguiendo defraudar a un ente público, no precisándose, por tanto, de la efectiva defraudación o de la causación del perjuicio al ente (en este mismo sentido, las SSTS de 5 de abril de 1990, 18 de enero de 1992, 2 de febrero de 1994).

La autoría está reservada a funcionarios y autoridades que intervienen en la operación por razón de su cargo. El extraneus responde como partícipe del delito cometido por el funcionario (SSTS de 18 de enero y 2 de febrero de 1994).

El concurso del delito con la estafa se producirá cuando la defraudación se materialice (así, también, la STS de 18 de enero de 1992).

### *4.2. Exacciones ilegales*

El delito lo comete la autoridad o el funcionario público que exige derechos, tarifas por aranceles o minutas no debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada. Se ha debatido si el delito sólo se comete cuando el funcionario está legalmente facultado a percibir derechos (en este sentido, se ha pronunciado la doctrina y la jurisprudencia, en SSTS como las de 12 de marzo de 1935, 5 de mayo de 1959, 27 de junio de 1989) o si, por el contrario, también lo comete el funcionario al reclamar unas tarifas careciendo de aquella facultad (VALEIJE ÁLVAREZ). La actual redacción del precepto permite adscribirse a esta segunda postura, dado que además de las razones aportadas por la autora citada, en el artículo 437 se ha matizado un extremo ausente en el derogado artículo 402, cual es que los derechos «no sean debidos». De forma que tanto comete el delito el funcionario que pudiendo percibir derechos, los exige en cuantía superior a la señalada o cuando no procede requerirlos, cuanto el que, sin estar legitimado para ello, reclama derechos que no son debidos.

La exigencia de derechos puede llevarse a cabo directa o indirectamente, con lo que puede aludirse tanto a que se demanden personalmente o por medio de tercero, cuanto a que se haga abierta o solapadamente, como a que se pida por la actuación realizada o por otro motivo.

La consumación toma cuerpo por el mero hecho de formular la exigencia de derechos indebidos, aunque no lleguen a cobrarse (vid. las STS de 12 de febrero de 1986 y 27 de junio de 1989).

Con el cohecho se planteará un concurso de normas, a solventar con la aplicación de esta infracción con preferencia a la exacción ilegal, en virtud del principio de especialidad, por lo general.

### *4.3. Agravación*

Se ha discutido, en relación con el precedente artículo 403, si en este precepto se contiene una simple agravación para el funcionario autor de una estafa o de una apropiación indebida, o si se integra en el un delito independiente, como se ha apuntado en alguna resolución jurisprudencial (STS de 9 de marzo de 1973). La cuestión no es muy trascendente, pues el efecto es agravatorio, en cualquier caso (STS de 15 de octubre de 1984) y, sobre todo, porque la aplicación de este artículo 438 excluye la aplicación de la circunstancia agravante 7ª del artículo 22 (MUÑOZ CONDE y STS de 7 de febrero de 1974).

Si la estafa o la apropiación indebida afecta a caudales públicos nos encontraremos ante un delito de malversación de caudales públicos (STS de 3 de mayo de 1990).

## 5. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función

### *5.1. Negociaciones prohibidas*

En este delito, el bien jurídico protegido puede cifrarse en un conglomerado de valores, entre los que predomina la objetividad con que la Administración ha de servir los intereses generales. Cuando una autoridad o un funcionario se aprovecha de su posición para beneficiarse en un asunto en el que ha de intervenir por razón de su cargo, ni actúa con la imparcialidad debida, ni lo hace con la finalidad exclusiva de servir al interés general (cfr. SSTS de 28 de noviembre de 1992, 14 de mayo de 1994).

Sujeto activo es el funcionario público o la autoridad que ha de informar en un asunto. Y esa función de informar constituye el presupuesto ineludible para que la conducta típica pueda ser realizada. El informe a emitir ha de versar sobre «cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad»; esto supone, básicamente, que el funcionario ha de perseguir la participación en una actuación de carácter económico, aunque no le reporte beneficio o las posibles ventajas de esa participación favorezcan a otra persona.





La conducta típica estriba en forzar o facilitarse cualquier forma de participación en los negocios u operaciones que han de ser informados.

En cuanto a la consumación parece que se produce cuando se consigue la participación, merced a las maniobras del funcionario —aunque no se obtengan beneficios por ello—, quedando en tentativa el intento infructuoso de lograrla.

Si la participación se alcanza mediante coacción, habrá un concurso de delitos, sujeto a la disciplina del artículo 77.

En el artículo 440 se dispone la extensión de las previsiones del artículo 439 para determinadas personas.

### *5.2. Actividades prohibidas*

Una vez más, la objetividad con la que han de servirse los intereses generales pasa a primer plano, en el delito previsto en el artículo 441. Objetividad que puede verse trastocada si un funcionario o autoridad desarrollan actividades profesionales en las esferas pública y privada a un tiempo, con el riesgo de que los intereses dimanantes de la segunda se superpongan y se les otorgue preferencia respecto a los de la primera.

La conducta estriba en realizar una actividad profesional o de asesoramiento a entidades privadas, en asunto, de alguna manera, relacionado con el cargo ejercido por el sujeto activo, fuera de los casos legalmente admitidos. Varias son las cuestiones a tratar:

a) Se castiga efectuar una actividad profesional —realizada, por tanto, de forma habitual como medio de obtener ingresos—, o una actividad de asesoramiento permanente o accidental, esto es, dar consejo profesional, aunque sea ocasionalmente. Ahora bien, no parece que cualquier clase de actividad profesional o de asesoramiento esté contemplada en la tipicidad del artículo 441, sino solamente aquélla que pueda dar lugar a solapamientos de intereses particulares con los fines para los que ha sido concebido el organismo, oficina o centro directivo, al que

pertence el funcionario, o a las funciones que dichos organismos han de cumplir y aquél sirve.

b) Tales actividades han de llevarse a cabo fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos. El ejercicio de la función pública entraña unas incompatibilidades profesionales, pero incurrir en alguna de ellas no conduce inexorablemente a la responsabilidad criminal; por lo demás, hay actividades consideradas legalmente compatibles con el ejercicio de la función pública.

c) Se incurre en responsabilidad criminal cuando se realiza una actividad profesional o de asesoramiento, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares. Pero no cuando se trabaja para otra entidad pública.

d) La actividad profesional o de asesoramiento ha desarrollarse en asunto en que el funcionario o la autoridad deban o hayan de intervenir por razón de su cargo o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuvieren destinados o del que dependan.

### *5.3. Uso de secretos o de información privilegiada*

a) No es la revelación de secretos o informaciones lo que se castiga en el artículo 442 —conducta penada en el artículo 417—, sino su uso, apreciándose un cierto parentesco entre los delitos de ambos preceptos, que autoriza a no ocuparse aquí de cuestiones como la definición de secreto, la relación entre éste y el funcionario, ya tratadas al estudiar la violación de secretos. Por el contrario, sí es preciso detenerse en la noción de información privilegiada, ofrecida en el inciso final del párrafo segundo del artículo 442.

En la dicha definición se aprecia que la información privilegiada: a) es de carácter concreto; b) ha de tenerse por razón del oficio o cargo; c) no ha de haber sido divulgada; d) su conocimiento ha de ser apto y representar una ventaja para la obtención de un beneficio económico. Cuando se contrastan estas características con las que deben adornar a la información de que se habla en el artículo 417, se advierte la dificultad de deslindarlas, así como las insuficiencias o excesos del concepto legal del artículo 442. En efecto, resulta difícil reputar información, cuya revelación comporta la comisión de un delito, el del reiterado artículo 417, otra que no sea de carácter concreto y se tenga exclusivamente por





razón del cargo o del oficio públicos y no haya sido divulgada, notificada o publicada. Pues, si esto último hubiese sucedido; es decir, si se hubiese notificado, publicado o divulgado la información, absurdo sería que se castigara su revelación, pues, siendo conocida, o pudiendo serlo, por la generalidad de las personas, ya no existe un interés en que se la proteja de la indiscreción del funcionario. Tampoco tendría sentido la incriminación del funcionario por la notificación de una noticia de que ha tenido conocimiento por motivos y conductos ajenos al ejercicio de sus funciones. Finalmente, toda información, para merecer tal consideración, habrá de tener un mínimo de concreción o especificidad.

Por las razones expuestas, no acaba de percibirse cuál pueda ser la diferencia entre la información a que se refiere el artículo 417 y la privilegiada definida en el 442. Quizá, el único elemento que aporta algún matiz distintivo es que la información privilegiada ha de ser idónea para reportar un beneficio económico al ser usada, mientras que la información genérica del artículo 417, no precisa de esta característica, aun cuando pueda tenerla.

Esto sentado, cabe indicar que el bien jurídico protegido, vuelve a cifrarse en los servicos a satisfacer por los poderes públicos, de conformidad con los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad.

b) La conducta típica consiste en usar la información privilegiada o el secreto; esto es, en servirse del conocimiento de una o de otro, de tal forma que comporte un beneficio económico para el funcionario o autoridad o para tercero, traduciéndose por lo genaral en la realización de una operación bursatil o inmobiliaria. El uso, por tanto, supone el aprovechamiento del secreto o de la información para adoptar una decisión y ponerla en práctica en asunto o materia al que conciernan los secretos o la información privilegiada.

Al estar la conducta descrita como hacer uso, resulta muy improbable la comisión por omisión (vid. ORTS).

c) La consumación del delito se produce cuando se realiza el uso, que es lo mismo que decir cuando se pone en práctica el proyecto elaborado para alcanzar unos beneficios gracias al conocimiento cuasi exclusivo que se tiene sobre determinada materia, por razón del cargo. La obtención de beneficios que, en realidad, pertenece a la fase de agotamiento del delito, determina la imposición de la pena en su mitad superior. La tentativa podrá apreciarse cuando el funcionario sea sorprendido en los inicios de la puesta en marcha de su plan.

Autor del delito exclusivamente puede serlo quien tiene la condición de funcionario público o de autoridad. El particular o el funcionario o la autoridad que actúan como particulares, responden como partícipes.

Si el que usa la información privilegiada o el secreto no es funcionario ni autoridad, ni actúa concertadamente con alguien que lo sea, habrá de ser castigado de acuerdo con el artículo 418.

d) Si resulta grave daño para la causa pública o para tercero, la pena se ve notablemente incrementada por mor de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 442; correspondiendo al juzgador determinar si hay grave daño para la causa pública o para tercero y dotar de contenido así a esta cláusula valorativa.

e) En el párrafo primero del artículo 442 se prevé la pena de multa «del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado». Es una pena que se aparta del criterio general de imposición de la multa por el sistema de los días-multa.

### *5.4. Abusos contra la libertad sexual*

a) En los artículos 443 y 444 se contemplan sendos delitos pluriofensivos en los que el bien jurídico es doble: de una parte, se protege en ellos el proceso de formación de la voluntad de las personas para producirse en la esfera sexual de manera espontánea; de otra, el legítimo y recto ejercicio de la función pública en beneficio de la comunidad. Quien se encuentra respecto de un funcionario o autoridad en una situación de dependencia o de expectación, tiene, por definición, un menor margen para la decisión que cualquier otra persona. Y aunque, en última instancia, es el solicitado sexualmente el que resuelve si accede o no a las demandas del funcionario, lo cierto es que se produce una grave interferencia en el proceso de toma de la decisión del primero, a raíz de los requerimientos del segundo que, además, se prevale del cargo para más fácilmente lograr la aquiescencia de aquél.

b) Sujetos activos son los funcionarios señalados en los dos preceptos. Sujeto pasivo, tratándose como se dijo de un delito pluriofensivo, será el Estado, en representación de la comunidad, y la persona solicitada sexualmente, que habrá de estar en alguna de las hipótesis enumeradas. Es indiferente el sexo de ambos sujetos. Basta con que funcionario y víctima se encuentren en alguna de las situaciones descritas, pues no exigiéndose en el tipo ninguna conducta sexual concreta, tienen cabida





las relaciones hetero y homosexuales, sea cual sea la práctica sexual pedida.

c) El núcleo de la conducta radica en solicitar sexualmente a una persona que se encuentra respecto del funcionario en alguna de las situaciones especificadas. Por solicitar ha de entenderse una actitud activa por parte del funcionario, un requerimiento directo de atenciones sexuales cualesquiera y no sólo del coito, no meras insinuaciones (en el mismo sentido, la STS de 14 de diciembre de 1992).

d) El delito se consuma con la simple solicitud sexual, porque en el tipo no se requiere nada más, como podría ser la aceptación. En consecuencia, la tentativa es harto improbable, dado que la acción de solicitar no es fraccionable.

Ahora bien, si tras la solicitud se verifica una acción sexual constitutiva de un delito contra la libertad sexual, surgirá un concurso de infracciones que, en alguna ocasión podrá ser «medial», pero, por lo general, será real (téngase en cuenta el artículo 445). Como también lo será, con la prevaricación, si con posterioridad, el funcionario dicta una resolución injusta como contrapartida a la prestación sexual obtenida.

# LECTURA Nº 07

# BOLETÍN N.º 28
04 de julio de 2011

## A. REPORTES

- ✓ La Ley 29703 y la reforma de algunos delitos contra la Administración Pública

## B. JURISPRUDENCIA DESTACADA

- ✓ La prisión preventiva y motivación judicial
- ✓ La imparcialidad judicial

## C. COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA

- ✓ Caso Mohamed

## D. RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

- ✓ El delito de cohecho

# REPORTES

## LA LEY 29703 Y LA REFORMA DE ALGUNOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

Según el Diccionario de la Real Academia Española, con la locución verbal *rasgarse las vestiduras*, se alude al acto de escandalizarse o mostrar indignación. Pesa en ello la antigua costumbre de algunos pueblos de romperse los vestidos o las prendas en señal de duelo, indignación o escándalo. La flamante Ley 29703 ha actualizado este rito en algunos miembros de nuestro Poder Legislativo. Esto es particularmente grave, pues da buena cuenta del interés y dedicación que tienen algunos [o muchos] parlamentarios para la elaboración de una ley: no se puede −al menos de manera sensata, seria y responsable− encontrar defectos y malas intenciones en una norma que, días antes, fue aprobada en el pleno del Congreso sin mayores objeciones.

Todo empezó con el *Proyecto de Ley 4187/2010-PJ* [en adelante **PLPJ**], presentado por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia[1] al Congreso de la República en los primeros días de agosto de 2010. El PLPJ dio pie al *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República recaído en el Proyecto de Ley 4187/2010-PJ* [en adelante **DCJ**], el mismo que, salvo algunos detalles, se corresponde con la Ley 29703, ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública. Posteriormente, en junio de 2011, la Corte Suprema de Justicia aclararía que la Ley 29703 no recoge la propuesta legislativa formulada por el Poder Judicial. Por si fuera poco, se vienen presentado nuevos Proyectos de Ley bien sea para derogar la Ley 29703 o para modificar sus efectos [PL 4885/2010-CR, PL 4886/2010-CR y PL 4892/2010-PE].

En el presente artículo, se hace un breve recuento de las modificaciones operadas en virtud de la Ley 29703. Como el tiempo es efímero, más aún cuando hablamos de la labor legislativa de nuestro Parlamento, muy dado a modificar una y otra vez el Código Penal, no podemos predecir si cuando este artículo llegue a destino, lo que estemos presentando sea, finalmente, el comentario de una ley que acaba de ser derogada. Mas como la vida está llena de riesgos, someto a vuestra consideración los comentarios que siguen.

### 1. Abuso de autoridad (art. 376 CP)

---

* Por Eduardo Oré Sosa. Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor por la Universidad de Salamanca - España. Profesor de Derecho penal de la Universidad de Piura. Miembro del Estudio Oré Guardia.

[1] Bajo la Presidencia, en ese entonces, del Doctor Javier Villa Stein.

Con este delito, se busca proteger la regularidad o correcto desempeño funcional de los funcionarios públicos a fin de excluir situaciones de abuso de poder;[2] en concreto, se busca evitar aquellos actos en los que un funcionario se extralimita del ámbito legal de su competencia −*abusando de sus atribuciones*− cometiendo u ordenando actos reñidos con lo establecido por la ley y sus reglamentos. En la fórmula original, el legislador exigía que el acto arbitrario cualquiera que se comete u ordena lo sea *en perjuicio de alguien*, lo que solía ser interpretado en el sentido de exigir un perjuicio efectivo,[3] mas existían voces discrepantes que entendían que el perjuicio exigido para consumar el tipo podía ser potencial[4].

La propuesta del PLPJ, en cuanto a este delito, se puede resumir en los siguientes puntos básicos:

a) En lugar de hacer referencia al acto arbitrario *cualquiera*, simplemente se alude al "acto arbitrario".
b) Con relación al perjuicio, si antes cabía la posibilidad de interpretarlo como un delito de mera actividad [*en perjuicio de alguien*], la propuesta cierra esta posibilidad al referirse al acto arbitrario "que cause" un perjuicio a alguien. Se exige, pues, un perjuicio real, siendo insuficiente el perjuicio potencial.
c) En el texto original, cualquier perjuicio, con independencia de la entidad del mismo, consumaba el tipo; el PLPJ, en cambio, exige que el perjuicio sea "grave".
d) Incrementa el marco penal en su extremo máximo [se entiende que el proyecto incurre en un error al haber consignado que la pena privativa de libertad será "no menor de tres años"].

En cuanto al primer punto, la exclusión del término "cualquiera" no parece alterar el ámbito de lo penalmente relevante, pues estamos ante una figura genérica de abuso funcional en la que la ausencia del referido término no tendrá por virtud restringir o limitar el ámbito de lo punible. Los límites, desde luego, estarán dados por los que se desprenden de una figura genérica y subsidiaria [que puede dar lugar a situaciones de concurso de leyes o concurso aparente]; v. gr., si el funcionario, abusando de su cargo, obliga a otro a entregar un determinado bien o beneficio patrimonial estaremos, por principio de especialidad, ante un delito de concusión (art. 382 CP).

El DCJ y el Congreso de la República acogieron esta propuesta, con lo cual, el texto vigente del delito de abuso genérico de autoridad ya no incluye el término "cualquiera".

Otra propuesta que también fue acogida, para el delito previsto en el artículo 376 CP, es la señalada en el literal b). El PLPJ, el DCJ y, finalmente, la Ley 29703 asumen que el acto arbitrario *debe causar* un perjuicio […*acto arbitrario que cause*…], no

[2] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Grijley, 2007, 4° ed., p. 218.
[3] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 236.
[4] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima, Palestra, 2003, 2° ed., pp. 233 y 236, quien habla de *posibilidad* de menoscabo, asumiendo, en coherencia con esta postura, que la consumación de este delito se da con la realización del acto arbitrario "tendente a perjudicar a alguien"; se trataría, según ABANTO, de un delito de mera actividad.

basta, por tanto, con que este sea posible. Esto puede ser valorado positivamente, al menos si se parte de la observancia de los principios de lesividad y subsidiariedad, pues la intervención del aparato punitivo del Estado, con todo lo que ello implica, debe quedar limitado a la persecución y sanción de los comportamientos más graves e intolerables, y en la medida que no existan otras instancias de control igualmente eficaces [v. gr. derecho administrativo sancionador].

En esta misma lógica, el PLPJ pretendía incorporar una exigencia adicional con relación al perjuicio típico[5], a saber, que este sea *grave*. No obstante, esta propuesta fue rechazada por el DCJ en el entendido de que se trata de una referencia difícil de precisar en cuanto a contenido y límites, lo que no impide interpretar que aquellos casos en donde el perjuicio es de escasa entidad, sea la vía administrativa la que se encargue de dilucidar los mismos. Ciertamente, costaría admitir que cualquier perjuicio, por insignificante que fuese, dé pie a la intervención del *ius puniendi*, pues, sin negar que incluso en aquellos casos estemos ante una afectación al bien jurídico protegido, lo cierto es que la conducta no alcanza los niveles de dañosidad como para que su reconducción a la vía extrapenal [derecho administrativo sancionador o disciplinario] afecte las necesidades preventivas del Derecho penal. No otra cosa parecería desprenderse del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.

Por otro lado, el DCJ señala el peligro que se podría ocasionar con la exigencia de que el acto abusivo cause un perjuicio especialmente gravoso: "ello podría permitir que conductas realmente graves puedan quedar impunes toda vez que será el justiciable quien deba probar en vía de investigación preliminar y en la investigación preparatoria (conforme el Nuevo Código Procesal Penal), el carácter grave de su perjuicio, con lo que se estaría invirtiendo las obligaciones probatorias por quien denuncia un hecho y termina siendo frustrado en sus expectativas de justicia material". Constituyendo el perjuicio un elemento del tipo objetivo, está claro que también debe ser acreditado, más aún con la modificación operada por la Ley 29703 en la que se exige un perjuicio efectivo, tal como se señaló anteriormente. En cualquier caso, queda claro que tocará al Juez o Fiscal valorar la entidad del perjuicio con el fin de judicializar solo aquellos casos que revistan cierta gravedad, dejando en manos de la vía administrativa la sanción de aquellos funcionarios que, habiendo faltado a la corrección funcional y al marco legal de sus atribuciones, no hayan ocasionado un perjuicio efectivo o, de haberlo causado, este sea ínfimo.

En cuanto a la pena, esta ha sido incrementada en su extremo máximo, la misma que se fija en tres años de pena privativa de libertad. La Ley 29703 no podía ser una excepción en esa tendencia a incrementar las penas, pues incrementa los marcos punitivos en distintos delitos [abuso de autoridad, colusión, peculado]. No entraremos, a propósito de esto, en la discusión bizantina sobre el fin preventivo o el efecto simbólico de las penas privativas de libertad elevadas o de larga duración.

[5] La naturaleza del perjuicio trasciende lo estrictamente patrimonial, con lo cual, se da cabida a los daños de contenido no patrimonial. Así por ejemplo, la presentación pública de un sospechoso como un consumado delincuente, por parte de la Policía, afecta intereses que, al menos directamente, carecen de contenido patrimonial. En este caso, se atenta contra la buena imagen de la persona, lo que es concebido, por ROJAS VARGAS, como un perjuicio de índole moral, vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 236.

La fijación de nuestros legisladores por incrementar una y otra vez las penas de algunos delitos se deben, muchas veces, a afanes huérfanos de razonabilidad o conveniencia político criminal. Toda reforma parcial, además, quiebra la proporcionalidad que debe prevalecer en la determinación legal de la pena, esto es, en la asignación –hecha por el legislador– de los marcos penales para los distintos delitos.

## 2. Delito de colusión (art. 384 CP)

El objeto de protección en el delito de colusión está dado por el patrimonio público, por la legalidad en el ejercicio funcionarial y por los deberes de lealtad institucional.[6] Diversos han sido los aspectos que han sido objeto de debate antes de la modificación operada en virtud de la Ley 29703. Los podemos resumir así:

a) Cambio en el núcleo del tipo: defraudar *vs.* coludir.
b) Modificación del contexto típico de la colusión.
c) Ampliación del ámbito de lo punible vía flexibilización de la vinculación funcional.
d) Incremento del marco penal en su extremo mínimo.

En cuanto a lo primero, si el núcleo rector del tipo penal está conformado, en el texto vigente, por la conducta de *defraudar* al Estado *concertándose con los interesados*, el PLPJ pretendía establecer como núcleo del tipo el verbo *coludir* [*se coludiera con los interesados*, para defraudar]. De este modo, la defraudación sale del aspecto objetivo del tipo para constituirse en un elemento subjetivo de trascendencia interna [se coludiera con los interesados, *para defraudar*]. Desde luego, los efectos de esta propuesta van más allá de un simple cambio de ubicación de este elemento en la estructura típica del delito, pues, como señala el PLPJ, "se aclara la discusión dogmática y jurisprudencial sobre **el perjuicio exigido**. Si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española".

En un escenario así, ciertamente, sería ociosa la discusión sobre si el perjuicio exigido para consumar el delito de colusión debe ser efectivo o potencial, pues el momento consumativo del delito se adelanta al acto de colusión o concertación en sí. Mas lo que cabe preguntar es si la evocación a la legislación penal española resulta acertada. Nos parece que no, pues el marco punitivo del delito previsto en el artículo 436 del código penal ibérico es sensiblemente menor al de su similar peruano: en aquel, ***pena de prisión de uno a tres años***, más inhabilitación de seis a diez años; en el nuestro, ***pena privativa de libertad no menor de cuatro*** [antes fijada en tres] ***ni mayor de quince años***, más la inhabilitación del artículo 426 CP. De esto, y si de comparaciones se trata, parece más acertado sostener que el marco penal establecido para el delito de colusión en el Código penal peruano se corresponde

[6] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 407; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos*… ob. cit., p. 309.

con un delito de resultado y de lesión, esto es, donde se exige un efectivo perjuicio para la consumación del delito, mientras que la fórmula española [donde la pena de prisión alcanza un límite máximo de tan solo tres años] *no exige la causación efectiva de un perjuicio*, tal como se señala en la jurisprudencia de aquel país. No otra cosa parecería desprenderse de una observancia mínima del principio de proporcionalidad.

En este orden de ideas, en la línea de lo señalado por ROJAS VARGAS y GARCÍA CAVERO, se ha de exigir un perjuicio patrimonial a los intereses del Estado para la consumación del delito.[7] Esta es la postura que recoge el DCJ, la misma que "enfatiza el criterio de lesividad material del delito" precisando que la defraudación debe ser de orden patrimonial [*defraudare patrimonialmente*]. Esto no tiene por qué generar una situación de desprotección del bien jurídico protegido, toda vez que aquellos casos en los que se perciba una infracción a los deberes funcionales –mediante actos de concertación–, pero en los que no se hubiere generado perjuicio alguno a los intereses del Estado, serán sometidos al derecho administrativo sancionador o, en su caso, al Derecho penal (delito de colusión en grado de tentativa).

En cuanto al contexto típico de actuación o contexto del acuerdo colusorio, se ha optado por abandonar el casuismo que en su forma original aludía a los contratos, suministros, licitaciones, etc. El PLPJ proponía incluir la expresión "en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios", lo que, a criterio de la Comisión de Justicia, "implicaría una injerencia punitiva que dejaría sin piso a los ámbitos de relevancia administrativa regulados por el organismo de control supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE) y los propios mecanismos de control interno y externo de las reparticiones públicas". Y es que ampliar el ámbito de lo punible a conversaciones o acuerdos que se hubieren podido sostener en momentos muy alejados a la generación del perjuicio –v. gr. *la generación de la necesidad*, como plantea el PLPJ–, supone un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico de difícil aceptación, más aún si ello iba de la mano, como se acaba de señalar, con la propuesta de prescindir del perjuicio efectivo para la consumación del delito.

El contexto típico del acuerdo colusorio, en consecuencia, se reduce a la expresión "*en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos*", la misma que comprende a los "contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante" consignados en la fórmula anterior.

Ahora bien, en la misma línea de ampliar el ámbito de lo punible, el PLPJ propuso extender la vinculación funcional del agente del delito con los procesos de contratación o negociación públicos. Si en el texto original, el sujeto activo solo puede ser el funcionario o servidor público que ***interviene*** [en los contratos, suministros…] ***por razón de su cargo o comisión especial***, el PLPJ quiso

[7] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 422; GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Lima, Grijley, 2008, pp. 48-49.

prescindir de esta "vinculación formal específica"; para ello sustituyó la expresión anterior por esta otra: ***interviniendo directa o indirectamente***.

Como se sabe, esta propuesta no encontró eco en la Comisión de Justicia ["tal criterio político criminal se vincula más con un derecho penal de máxima injerencia que con uno de intervención racional y razonable"], ni fue acogida por la Ley 29703. Esto parece correcto si se tiene en cuenta que estamos ante delitos en los que se busca proteger, de manera general, el regular funcionamiento de los órganos del Estado[8], lo que queda signado por el ámbito competencial y por las normas que regulan el ejercicio funcional. Esto es mucho más claro si se parte de la consideración del delito de colusión como un delito de infracción de deber.[9] Por lo demás, es dudoso que se generen lagunas de punibilidad, pues cualquier intervención fuera del ámbito de las competencias funcionales podría ser reconducida a otras figuras penales (v. gr. usurpación de funciones, patrocinio ilegal[10]).

Una propuesta del PLPJ que sí fue acogida, incluso más allá de lo postulado, fue el incremento de la pena privativa de libertad en su extremo mínimo. El proyecto planteó elevarlo de tres a cuatro años; el DCJ, de tres a seis. De esta suerte, la Ley 29703 ha fijado la pena por el delito de colusión en un mínimo de seis (6) y un máximo de quince (15) años de pena privativa de libertad. Marcos penales excesivamente amplios [tres a quince años, como en la fórmula original], en un contexto en el que aún no se cuenta con un específico sistema de determinación judicial de la pena [v. gr. sistema de tercios, sistema de cuartos, etc.], solo pueden merecer un juicio desaprobatorio. En cualquier caso, habida cuenta de que se afirma aún más la línea del delito de colusión como un delito de resultado, el incremento del marco penal en su extremo mínimo no debería plantear mayores objeciones.

### 3. Delito de peculado (art. 387 CP)

Se trata de un delito pluriofensivo, pues afecta los intereses patrimoniales del Estado y el deber de lealtad o probidad que se espera de los funcionarios o servidores públicos. En efecto, el texto original del artículo 387 reprimía con pena privativa de libertad de dos a ocho años al 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.

---

[8] Es sintomático que en diversas figuras penales se consigne como elemento del tipo las expresiones "abusando del cargo", abusando de sus atribuciones", "intervenga por razón de su cargo", etc.

[9] Así, GARCÍA CAVERO sostiene lo siguiente: "En la medida que los delitos de funcionarios se estructuran 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 delito especial. Como ya lo indicamos, el delito de colusión desleal se sustenta en el deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la concertación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, lo que implica una intervención en el proceso de selección o en la ejecución de los contratos celebrados para las adquisiciones públicas", vid. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito*… ob. cit., p. 33.

[10] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos*… ob. cit., p. 310.

De su mera lectura, se aprecia la vinculación funcional que debe unir al funcionario o servidor público con los caudales o efectos que constituyen el objeto material: los caudales o efectos *le deben estar confiados por razón de su cargo*. Cuando ello no es así [posee dichos bienes por cualquier otra razón fuera del ámbito de sus competencias], el funcionario o servidor público que se apropie de los caudales responderá –como cualquier particular– por las figuras comunes de apropiación ilícita o hurto [el peculado, como se sabe, es un delito especial impropio, pues permite reconducir el delito a una figura común ante la ausencia de la condición específica exigida para ser autor del delito].

El PLPJ propuso dos modificaciones al tipo básico de peculado:

a) Agregar a las conductas típicas de apropiar y utilizar, la de *consentir que un tercero se apropie o utilice*.
b) Determinar la relevancia penal solo de la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos cuyo valor sobrepase las dos UIT.

De estas dos, se puede adelantar que la primera fue la única propuesta admitida por el DCJ en una escueta oración: "Se acepta la introducción del peculado doloso por omisión". Cierto es que, desde el punto de vista teórico, el peculado por omisión sería posible en aplicación del artículo 13 del Código Penal (omisión impropia), pero, como señala ABANTO VÁSQUEZ, el principio de legalidad y la seguridad jurídica aconsejaban la introducción específica de esta modalidad omisiva.[11] Estas discusiones, desde luego, carecerían de sentido desde una óptica funcionalista, donde no se perciben diferencias –de orden normativo– entre el hacer y el omitir:

> "Sin embargo, también hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no solo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido. Entre los delitos de infracción de deber se cuenta todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien".[12]

[11] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos…* ob. cit., pp. 343-344. ABANTO VÁSQUEZ señala que resulta discutible que la "apropiación" se pueda producir también por *omisión impropia*. En realidad, parece que dichas dificultades serán las mismas con la incorporación expresa de esta modalidad omisiva, pues la vinculación funcional con el objeto material (que en cierto modo fundamenta la posición de garante o, más específicamente, un deber especial del funcionario), la imputación objetiva o la imputación de la conducta a título de dolo, también deben ser analizados para poder imputar el delito de peculado al funcionario o servidor público que *consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos* cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

[12] JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo (trads.). Madrid, Marcial Pons, 1997, 2° ed., p. 791.

Cabe diferenciar esta modalidad típica [la de *consentir que un tercero se apropie o utilice*] del peculado culposo [*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos*…], pues, claro está, aquella exige un comportamiento a título de dolo: *consentir*, en lo que ahora analizamos, implica el conocimiento de la situación típica.

En cuanto a la relevancia penal, a título de peculado, de la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos solo cuando su valor sobrepase las dos UIT, el PLPJ invoca como fundamento *exigencias de racionalidad y eficiencia* en la reacción penal: "El sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador". Esto va en la línea de los que cuestionan la posibilidad de que se ponga en funcionamiento toda la maquinaria punitiva del Estado para la persecución de comportamientos de escasa entidad [funcionario o servidor que se apropia de grapas, hojas de papel o lapiceros en cantidades minúsculas, o utiliza indebidamente una máquina de escribir]. Según ABANTO, el tipo penal peruano no contempla la cuantía y podría llevar a una aplicación ciega para casos realmente ridículos.[13]

Ciertamente, costaría creer que asuntos como esos trasciendan la esfera del Derecho disciplinario de la Administración, pues el Derecho penal, como *ultima ratio*, queda informado por los principios de mínima intervención y subsidiariedad.[14] Así pues, la amenaza de una pena solo puede destinarse a la prevención de aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro, de manera grave, bienes jurídicos de acusada importancia. Sin embargo, fijar límites cuantitativos para determinar el ámbito de lo penalmente relevante, cual si estuviéramos ante un delito en el que se tutelase exclusivamente un interés patrimonial o económico, podría tener el efecto perverso, desde el punto de vista político criminal, de propiciar los actos de apropiación por valores inferiores a los siete mil doscientos nuevos soles [lo que ya fuera observado por el mismo DCJ].

Todo esto sin perjuicio de que el valor económico de los bienes apropiados se utilice, como en otros ordenamientos, para agravar la pena del delito de peculado.[15] De ahí que se añada como circunstancia agravante, en el segundo párrafo del art. 387 CP, aquellos casos en los que el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las diez Unidades Impositivas Tributarias (10 UIT).

El marco penal del tipo agravado −del delito de peculado en su forma dolosa− ha sido incrementado de manera notable. Si anteriormente estaba fijado en pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años, hoy en día el marco penal oscila entre los ocho y los doce años de pena privativa de libertad [tanto para los casos en los que el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las diez Unidades Impositivas Tributarias, como para aquellos en los que el objeto material del delito –

[13] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos*… ob. cit., p. 363.
[14] De la misma opinión, vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 504.
[15] En este sentido, vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 504. El DCJ comparte esta opinión.

caudales o efectos−, ***independientemente de su valor***, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social].

El agregado que se resalta, esto es, la no consideración del valor de los bienes a los efectos de que se configure la agravante, tenía más sentido en la propuesta del PLPJ, ya que proponía –en el tipo básico del primer párrafo− la inclusión de la condición objetiva de punibilidad antes mencionada [caudales o efectos públicos cuyo valor sobrepase las dos UIT]. Rechazada aquella propuesta, no se percibe la utilidad de aquel agregado; ni si quiera con la circunstancia agravante recientemente incorporada [cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepasa las 10 UIT], pues, al menos razonablemente, nadie habría interpretado que para configurar la agravante por el destino de los bienes [caudales y efectos destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social], la Ley 29703 exige también que los mismos superen el valor de las 10 UIT.

La misma consideración vale para la forma culposa de comisión [si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos], donde se rechazó la propuesta del PLPJ de fijar como condición objetiva de punibilidad que el objeto material supere las 2 Remuneraciones Mínimas Vitales. A pesar de esto, la Ley 29703, en el tipo agravado del peculado culposo [art. 387 *in fine*], señala nuevamente lo siguiente: "Si los caudales o efectos, ***independientemente de su valor***, estuvieran destinados a fines asistenciales…". Consideramos innecesario este agregado, pues, como venimos sosteniendo, parece que estaba previsto para el caso de que los tipos básicos [doloso y culposo] contaran con una condición objetiva de punibilidad; cosa que no ha ocurrido.

Lo paradójico del asunto es que con todo este intríngulis se podría llegar al lugar que se temía: echar a andar toda la maquinaria judicial del Estado en la persecución de delitos de bagatela. Lo explicaré con un ejemplo. Si un funcionario o servidor público se apropia de ***un nuevo sol*** de una partida destinada a un fin asistencial o a un programa de apoyo social, atendiendo a que el legislador ha señalado expresamente que esta agravante se configura con independencia del valor de lo apropiado, tenemos que esta gracia [apropiarse de un nuevo sol] le costará al agente nada menos que entre ocho y doce años de pena privativa de libertad. Si lo que se le imputa es el tipo agravado del peculado culposo, la sustracción de esta moneda, por parte de tercero, le costará al funcionario o servidor una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

### 4. Peculado de uso (art. 388 CP)

Esta figura venía suscitando críticas por parte de la doctrina. Así por ejemplo, ABANTO sostiene que la única diferencia entre el peculado de uso (artículo 388 CP) y el peculado de utilización (artículo 387 CP) estriba en que, en el primero, los bienes públicos usados son "instrumentos de trabajo" como vehículos, máquinas u otros, mientras que, en el segundo, los bienes utilizados son "caudales o efectos" distintos de aquellos (p. ej., dinero o documentos negociables); según este mismo

autor, se trata de una diferencia "artificial e insuficiente, pero obligatoria por imposición legal".[16]

A pesar de ello, esta suerte de tipo privilegiado –pues ostenta una pena menor que el peculado doloso del artículo 387 CP– permanece en nuestro catálogo punitivo. El legislador, eso sí, ha creído conveniente fijar expresamente el extremo mínimo de la pena [ausente en la redacción anterior y que, consecuentemente, exigía una remisión al artículo 29 CP], con lo cual, el marco penal del peculado de uso queda cifrado entre los dos y los cuatros años de pena privativa de libertad.

Las objeciones no acaban ahí; con relación a la extensión del tipo al contratista y sus empleados (segundo párrafo del art. 388 CP), ROJAS VARGAS apunta lo siguiente: "Igual pena para el sujeto vinculado [funcionario o servidor público] que a quien carece de roles especiales para con la administración pública [contratista y sus empleados] representa un exabrupto para corregir, sin perjuicio de que se evalúe la cuestión de fondo acerca de la necesidad de dicha «modalidad» de peculado de uso, que constituyendo un delito de simple actividad, es decir un adelantamiento de la barrera punitiva, se le atribuya en los mismos términos de injusto y pena al particular".[17]

Ciertamente, estamos ante un delito en el que no se exige la producción de un determinado resultado típico, ni siquiera un resultado de peligro. Estamos ante un delito de mera actividad. Por ello se venía planteando la posibilidad de que exista peculado "todas las veces que ese uso impida u obstaculice gravemente alcanzar los objetivos propuestos por la administración pública".[18] Por esta misma razón, el PLPJ sostenía que no podía distraer los limitados recursos del sistema en casos de bagatela o en los que el uso privado del bien no genere una grave afectación del servicio o la función encomendada. Con todo, la propuesta para incluir un resultado típico en esta figura penal [*afectando gravemente el servicio o la función encomendada*] fue rechazada y no forma parte de las modificaciones introducidas por la Ley 29703. Por si quedaran dudas de que no se requiere una grave afectación al servicio para consumar el tipo, el legislador, en el segundo párrafo del artículo 388, consigna que el peculado de uso es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los instrumentos de trabajo pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública ***independientemente del grado de afectación de la obra***.[19]

---

[16] vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos*… ob. cit., p. 372. En el mismo sentido, ROJAS VARGAS no encuentra una explicación coherente del porqué haya tenido que privilegiarse esta modalidad de peculado por utilización de modo que le asista una penalidad menor, vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 536.

[17] vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 536.

[18] vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 540, quien sigue en esto a ANTOLISEI.

[19] En cuanto al peculado de uso, resulta curioso que el PLPJ haya propuesto para los funcionarios o servidores públicos la exigencia de una grave afectación al servicio; lo que no sucede en el caso del segundo párrafo del art. 388, donde el delito se consuma con independencia del grado de afectación de la obra.

## 5. Tráfico de influencias (art. 400 CP)

Se trata de una figura penal que venía siendo objeto de cuestionamientos por parte de la doctrina. Por un lado, era visto como un delito en el que se anticipa la consumación a fases que, en toda ley, no son más que fases preparatorias, pues el tipo penal no exigía que el ofrecimiento de interceder [ante el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo] se realice de manera efectiva. Con lo cual, esta figura, ubicada en el Capítulo *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, tenía –y sigue teniendo– la peculiaridad de que se consuma aun cuando no se haya mantenido contacto alguno con el mencionado funcionario o servidor público.

De esto, GARCÍA CANTIZANO sostiene que "esta ubicación [dentro del capítulo dedicado a los delitos cometidos por funcionarios] resulta ya *a priori* errónea por cuanto el delito de tráfico de influencias es un delito común en el sentido de que no se requiere la condición de funcionario para ser su autor. Este aspecto resulta ya significativo a la hora de analizar el contenido del bien jurídico protegido, por cuanto si ya no estamos hablando de la intervención de un funcionario, obviamente, en el ejercicio de sus funciones, resulta imposible afirmar aquí que lo se protege es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por la sencilla razón de que en el tráfico de influencias existe la posibilidad de que ni siquiera llegue nunca a involucrarse ésta".[20]

Claro que lo que para algunos autores es motivo de crítica, para otros parece constituir digno de elogio, pues ABANTO VÁSQUEZ considera que la inclusión de esta figura «llena un vacío de punibilidad para abarcar conductas usuales en una sociedad inundada por la corrupción. Los tipos tradicionales de "cohecho" han demostrado ser insuficientes, pues las conductas que implican "tráfico de influencias" quedarían impunes por constituir, en relación con aquellos, meros actos preparatorios, pese a que afectan seriamente al "correcto funcionamiento de la Administración Pública"».[21]

Por si fuera poco, las influencias invocadas podían ser simuladas, es decir, inexistentes, lo que planteaba serias dudas en cuanto a la observancia del principio de lesividad, pues no se percibe de qué manera dicha conducta podía poner siquiera en remoto peligro el normal funcionamiento de la administración pública.[22] Y,

---

[20] vid. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias. Al amparo del principio de legalidad en materia penal. En *Actualidad Jurídica*, Tomo 102 (2002), p. 12.

[21] vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos*… ob. cit., pp. 523-524; en el mismo sentido, vid. SAN MARTÍN CASTRO/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima, Jurista Editores, 2002, p. 41, quienes consideran que se trata de una figura necesaria, pues, de lo contrario, muchos comportamientos lesivos a intereses institucionales, al constituir meros actos preparatorios de delitos de cohecho activo, quedarían impunes.

[22] Incluso quienes se han mostrado muy favorables a la subsistencia de esta figura penal en nuestro ordenamiento penal han criticado esta modalidad [la del tráfico de influencias simuladas], pues, consideran, se trata de un supuesto de tentativa inidónea que no lesiona interés jurídico alguno de carácter institucional, donde el peligro para el funcionamiento de la administración pública es nulo o imposible, y

contra lo que se podría pensar, la sola mención de que estamos ante un delito de peligro abstracto ya no parece generar las críticas que se solían dirigir contra esta técnica de tipificación. El injusto material se hace residir en conductas que, según se cree, suponen un menoscabo a las condiciones de seguridad del bien jurídico protegido. En esta línea, según HURTADO POZO, invocar influencias −reales o simuladas− con el ofrecimiento −serio o no− de interceder ante un funcionario o servidor público supone hacer comprender al tercero que este es corruptible, con lo que se menoscaba, de esta manera, la credibilidad de la Administración Pública.[23] El mismo profesor de la Universidad de Friburgo se encargó de cuestionar las serias deficiencias de redacción del tipo penal previsto en el artículo 400 del Código Penal.[24]

Estamos, pues, ante una figura ubicada entre los *delitos cometidos por funcionarios públicos*, pero que puede ser cometido por cualquier persona [se trata de un delito común]; estamos ante un delito que, al menos en una de sus modalidades, carece de contenido material de injusto. Lo demás, como es fácil de constatar, no entra en el terreno de lo incontestable, las opiniones son disímiles. Esto ocurre también con la posibilidad de hacer responsable penalmente –y a qué título− al *interesado*, esto es, a quien compra la influencia. Descartada la posibilidad de que responda a título de coautor [pues el interesado no toma parte de la invocación de influencias ni del ofrecimiento a interceder], el debate se ha centrado en si puede responder a título de partícipe, es decir, como instigador o como cómplice. En este punto, como se puede prever, las posiciones son encontradas.[25][26]

---

que, por tanto, debería ser impune, vid. SAN MARTÍN CASTRO/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA. *Delitos*… ob. cit., pp. 30-34.

[23] HURTADO POZO, José. Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: Delito llamado de *tráfico de influencias*. En: AA. VV. *Interpretación y aplicación de la ley penal. [Anuario de Derecho Penal 2005]*, HURTADO POZO (Dir.). Lima, Fondo Editorial PUCP y Universidad de Friburgo, 2006, p. 288, se trataría, según este mismo autor, de un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de decisiones.

[24] HURTADO POZO, José. Interpretación… ob. cit., pp. 277 ss.

[25] Buena referencia a las diversas posiciones, vid. SAN MARTÍN CASTRO/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA. *Delitos*… ob. cit., pp. 43-75. Cierto que la imputación de un delito a título de partícipe ha de estar sujeto a una serie de presupuestos que no necesariamente habrán de concurrir en la intervención del interesado. Así, si el interesado se limita a desplegar las conductas previstas en el tipo [entrega o promete donativo o cualquier otra ventaja], pareciera mejor descartar su responsabilidad a título de partícipe; caso contrario, si su contribución *excede su rol* o *rebasa el mínimo necesario*, algunos autores –además de los acabados de mencionar− admiten la imputación, no sin reservas, a título de instigador, vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos*… ob. cit., pp. 536-537; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., pp. 804-805. Este último autor se pone en el caso de que el interesado busque a una persona que pueda influir sobre el funcionario; luego, le sugiere con marcada intensidad y le pide que influya; de esto, la persona invoca sus influencias y pide o acepta el donativo o promesa.

[26] GARCÍA CANTIZANO señala varios cuestionamientos: haciendo un símil con el delito de usura, considera que, de seguirse este razonamiento, habría que concluir necesariamente con que el prestatario, es decir, quien recibe el préstamo usurero, también resulta ser inductor y cómplice en este delito, dado que gracias a su petición "contribuye causalmente al perfeccionamiento del injusto", y, por lo tanto, su conducta también sería susceptible de sanción penal, conclusión claramente absurda; que si el legislador hubiera querido sancionar penalmente al interesado lo habría señalado expresamente, tal como lo hizo en el delito de corrupción activa de funcionarios; que el interesado no puede ser instigador, pues al instigador le corresponde la iniciativa del delito [determina dolosamente a otro a cometer un delito], lo que no sucede en el tráfico de influencias, donde la iniciativa delictiva queda en manos del autor [el traficante, pues es él quien invoca las influencias]; además, carecería de toda lógica que ya determinado al delito, el traficante

Pues bien, la modificación más saltante de la Ley 29703, en cuanto a este delito, consiste en la eliminación de la frase *invocando o teniendo influencias reales o simuladas*. De este modo, el elemento distintivo del tráfico de influencias[27] es dejado de lado para dar paso a una fórmula que, nos parece, también tiene sus bemoles. En efecto, la conducta típica se reduce a los actos de *solicitar*, *recibir*, *hacer dar* o *prometer* la ventaja o beneficio en contraprestación al *ofrecimiento real* de interceder ante el funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo. La Ley 29703 solo se refiere al ofrecimiento real, mas no al ofrecimiento *real y simulado*, como sí figuraba tanto en el PLPJ como en el DCJ.

Consideramos que los adjetivos real y simulado [más allá de las críticas que generaba la presencia de este último en el tipo penal] tenían más sentido cuando estaban en relación con la invocación de influencias, pues la ascendencia que se decía tener sobre el funcionario podía ser cierta o falsa; pero dichos adjetivos carecen de objeto cuando califican al ofrecimiento, pues está claro que el ofrecimiento de interceder siempre ha de concurrir para que se consume el tipo; de otro modo no estaríamos ante un tráfico o venta de influencias. La presencia de este adjetivo en el texto vigente parece constituir un *saldo* de la redacción anterior, salvo que se interprete –en la línea abierta [mas no sugerida] por HURTADO POZO al señalar que el ofrecimiento puede ser *serio o no*– que el ofrecimiento hecho sin la intención de cumplir [con independencia de si las influencias son reales o simuladas] queda fuera del ámbito de lo penalmente relevante [sin entrar aquí en el debate sobre la posible concurrencia de un delito de estafa]. Más allá de las dificultades probatorias que demandaría una interpretación así,[28] y aun cuando el legislador haya tenido *realmente* la intención de descriminalizar la *venta de humo* [lo que no aparece del PLPJ ni del DCJ], nos parece que la redacción actual tampoco es afortunada.

### 6. Enriquecimiento ilícito (art. 401)

En este caso, la propuesta del PLPJ apuntaba a sustituir "el criterio ocasional (en el ejercicio del cargo) por el causal o funcional (abuso del cargo), para la producción del resultado: incremento indebido del patrimonio del funcionario". Según la propuesta, no se trataba de reprimir al funcionario por el solo hecho de enriquecerse, sin conexión alguna con el abuso del cargo. En esta línea, ROJAS VARGAS consideraba necesaria la exigencia de una vinculación funcional en la configuración de este delito, más allá de que el legislador haya prescindido de la anterior fórmula "*por razón del cargo*"; entiende que si se excluye el prevalimiento, el

---

invoque las influencias al interesado [que forma –mejor dicho formaba– parte de la conducta típica], ergo, no hay instigación; vid. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Algunas… ob. cit., pp. 16-20.

[27] Según ROJAS VARGAS, la invocación de influencias marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción, pues los verbos recibir, hacer dar o prometer son comunes a otros tipos penales de infracción de deber como, por ejemplo, el cohecho, vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 787.

[28] Que lo interno pueda, en algunos casos, ser aprehendido o manifestado a través de datos objetivos no resta dificultad al asunto, pues el hecho de que no haya habido un acercamiento del traficante de influencias con el funcionario judicial o administrativo podrá llevar, en la mayor parte de los casos, a concluir que el ofrecimiento –a pesar de que la ascendencia o influencia era cierta– no fue real.

tipo penal perdería fuerza relevante, porque no es lo mismo que un funcionario o servidor se enriquezca a que se enriquezca en razón de su cargo.[29]

El DCJ no fue de la misma idea, pues consideró que circunscribir el tipo penal a las conductas desplegadas *en abuso del cargo* generaba lagunas de impunidad, ya que "solo cuando los incrementos patrimoniales que se detectan al funcionario o servidor público tengan como fuente situaciones de abuso en el ejercicio del cargo" los hechos podrán catalogarse propiamente como delito de enriquecimiento. Consideración que no parece tan descaminada, pues exigir, para la consumación, la acreditación de que el funcionario que ha incrementado su patrimonio lo ha hecho *abusando de su cargo*, es tanto como volver inaplicable esta figura: en algunos casos, por no poder acreditarlo; en otros, porque acreditado dicho abuso –no olvidemos que estamos ante una figura subsidiaria o residual[30]–, se reconduciría la calificación a un delito preferente, sea este un delito común o especial].

Un punto adicional tiene que ver con la ubicación del elemento típico *durante el ejercicio de sus funciones* en el tipo penal. En el texto vigente se reprime la conducta del "funcionario o servidor público que, *durante el ejercicio de sus funciones*, incrementa ilícitamente su patrimonio…". Una interpretación perversa sería aquella que considere que el enriquecimiento, para constituir delito, solo podría darse dentro del horizonte temporal marcado por el ejercicio del cargo, descartando la posibilidad de abarcar el enriquecimiento posterior, aun cuando se haya producido en razón del cargo. Esto parecería ir en contra del *telos* normativo y lo ya apuntado por la doctrina: "se consuma en la medida en que se acredite la existencia de un incremento significativo y contrastante, el mismo que es resultado de actividades no conformes a derecho en el contexto del ejercicio funcional, ya sea durante el período temporal de vigencia del mismo o ulterior a él. En este último caso siempre y cuando exista nexo causal imputable del resultado enriquecimiento con el período de ejercicio funcional".[31]

Asimismo, se ha eliminado la referencia a la no justificación razonable del incremento patrimonial; seguramente han pesado las críticas que veían en ello una indebida inversión de la carga de la prueba.[32] Un punto adicional que ha generado críticas, a nuestro entender injustificadas, es la omisión de la pena de inhabilitación como pena conjunta. La razón estriba en que esta ya se encuentra prevista, para todos los delitos cometidos por funcionarios públicos [entre los que se encuentra el de enriquecimiento] y contra la administración de justicia, en el artículo 426 del Código Penal.

---

[29] vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., pp. 864-866.
[30] vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos*… ob. cit., p. 552; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., pp. 870-873.
[31] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 867.
[32] En sentido opuesto, entendiendo que el problema no radicaba en la inversión de la carga de la prueba, sino en un deber específico de rendición de cuentas a cargo del funcionario público, vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., pp. 861-864.

## 7. Soborno internacional pasivo (art. 393-A CP)

Esta figura viene a llenar un vacío de nuestra legislación,[33] la misma que carecía de disposiciones que sancionaran los actos venales en los que estuviera implicado un funcionario público extranjero o de un organismo internacional. Como se sabe, el concepto de funcionario público, en los delitos contra la Administración Pública, se refiere solo al funcionario nacional.[34] La incorporación de esta nueva figura delictiva va en la línea del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado peruano en la lucha contra la corrupción. En efecto, el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [vigente en nuestro país desde el 14/12/2005] se refiere al *Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas*.

En el primer numeral del artículo 16, se indica que el Estado Parte debe adoptar "medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o en el de otra persona o entidad con el fin que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales." La Ley 29316, como se sabe, incorporó esta figura en el artículo 397-A del Código Penal, aunque con distinta redacción y denominación: *cohecho activo transnacional*.

Claro que se echaba en falta la tipificación del cohecho en su forma pasiva, esto es, cuando la imputación se dirige no contra la persona que hace el ofrecimiento o promesa del beneficio indebido al funcionario, sino contra el propio funcionario que solicita o acepta dicho beneficio o ventaja. Cabe mencionar que el segundo numeral del artículo 16 de la Convención, a diferencia del numeral primero, instaba a *considerar la posibilidad* de adoptar las medidas legislativas para tipificar este delito. El legislador peruano, como se ve, se tomó su tiempo. Honró este compromiso no con la Ley 29316, sino con la 29703, incorporando el delito que da nombre a este epígrafe.

Sobre este punto, es de precisar que la ley peruana es aplicable, en nuestro territorio, aun a los funcionarios extranjeros o de organismos internacionales [art. 1 CP].

---

[33] Así, ROJAS VARGAS señalaba que la irrupción de las grandes corporaciones económicas de naturaleza transnacional que dominan y controlan los mercados e interactúan estrechamente con los gobiernos y las clases políticas, muchas veces condicionándolos o comprándoselos, ha posibilitado que, sociológicamente hablando, nos podamos referir al *soborno transnacional*, entendido este como las diversas prácticas de entregas u ofrecimientos de dinero, objetos de valor económico, favores u otro beneficio de índole diversa a los funcionarios y empleados públicos de un país extranjero sea en el lugar donde residen los agentes cohechadores o fuera de él para asegurar operaciones económicas y movimiento de capitales de gran envergadura, vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos*… ob. cit., p. 628.

[34] vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos*… ob. cit., pp. 44-45, señala que estos funcionarios podrían, ciertamente, responder por los delitos comunes realizados en nuestro territorio, mas para responder como autores de un delito contra la Administración Pública debía introducirse disposiciones penales específicas.

Cierto es que existen prerrogativas que se encuentran previstas en las leyes nacionales y en tratados internacionales, las mismas que operan como impedimentos para la persecución o sanción de conductas punibles. Se trata de *exenciones de Derecho Internacional* que tienen como fundamento no tanto la persona en sí, sino la función o cargo desempeñado por el agente; están previstas en beneficio de Jefes de Estado, representantes diplomáticos y otros funcionarios, autoridades o personas a quienes la Ley y los Tratados reconocen los privilegios de la inviolabilidad e inmunidad. Salvados que sean estos impedimentos [v. gr. renuncia o retiro de inmunidad, cuando a ello haya lugar], la ley penal peruana podrá ser aplicada de manera efectiva.

# JURISPRUDENCIA DESTACADA

**1.** El Tribunal Constitucional, nuevamente, se pronuncia –en el Exp. n.° 01036-2011-PHC/TC, del 01 de junio de 2011– respecto a dos temas trascendentales: la prisión preventiva y la motivación de las resoluciones judiciales. A continuación pasamos a transcribir los fundamentos más importantes de esta resolución.

- **¿La libertad individual es absoluta?**

  "El derecho a la libertad personal no es absoluto, pues conforme a lo señalado en el artículo 2.º, inciso 24, ordinal "b", está sujeto a regulación de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es per se inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, tanto más si legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado, lo que debe ser apreciado en cada caso en concreto". [FJ 2]

- **¿Qué significa que la prisión preventiva sea provisional?**

  "…la detención judicial preventiva debe ser una medida provisoria, es decir, que su mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado, pues las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula rebus sic stantibus, lo que significa que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre subordinada a la estabilidad o al cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales la medida se adoptó, la misma pueda ser variada, criterio que guarda concordancia con la previsión legal establecida en el último párrafo del artículo 283.° del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957), que señala que "la cesación de la medida [de la prisión preventiva] procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia". [FJ 3]

- **¿De qué dispositivo proviene la exigencia de la motivación de la prisión preventiva?**

  "…la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas (artículo 139.°, inciso 5, de la Constitución) es un principio que informa el ejercicio de

la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables". [FJ 5]

- **¿Qué se garantiza mediante la motivación?**

  "Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138º de la Constitución) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa". [FJ 5]

- **¿Qué extensión de motivación garantiza la Constitución?**

  "Al respecto, se debe indicar que "[l]a Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión" [Cfr. STC N.° 4107-2004-HC/TC, F.J. 14]". [FJ. 6]

**2.** El Tribunal Constitucional, en el Exp. n.° 02139-2010-PHC/TC, del 31 de mayo de 2011, se ha pronunciado respecto a la imparcialidad judicial. A continuación transcribimos los fundamentos más resaltantes.

- **¿Qué implica el derecho a ser juzgado por un juez imparcial?**

  "el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, (…) involucra uno de los requisitos indispensables del principio del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto garantiza una limpia y equitativa contienda procesal a que tienen derecho los justiciables y constituye también un deber de los jueces velar por el cumplimiento de tales garantías…" [FJ 2]

- **¿Qué instituciones existen para cuestionar la parcialidad del juzgador?**

  "Cuando exista indicios de parcialidad por parte del juzgador, esta debe ser cuestionada mediante "las instituciones de la inhibición y la recusación como medidas para garantizar el derecho al juez imparcial". [FJ 2]

- **¿Cuántas dimensiones tiene la imparcialidad judicial?**

  "(…) la imparcialidad judicial tiene una doble dimensión. Por un lado, constituye una garantía objetiva de la función jurisdiccional, es decir, se trata de una exigencia mínima que se predica del órgano llamado a resolver los conflictos y las controversias jurídicas entre partes. Por otro, constituye un derecho subjetivo de los justiciables, por medio del cual se garantiza a todos y cada uno de los que pudieran participar en un proceso judicial que puedan

ser juzgados por un juez no parcializado, es decir, uno que tenga perjuicios sobre las partes e, incluso, sobre la materia o la causa confiada para dirimir". [FJ 3]

- **¿Cómo se puede comprobar que existe parcialidad por parte del juzgador?**

  "Como antes se ha dicho, la comprobación de un determinado caso judicial, el llamado a resolverlo carezca de imparcialidad, es un tema que, por lo general no puede ser resuelto en abstracto, esto es, con prescindencia de los supuestos concretos de actuación judicial". [FJ 4]

# COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA

## CASO MOHAMED*

Mediante Informe del 13 de abril del 2011[35], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión) sometió a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Caso n.º 1.618 del Sr. OSCAR ALBERTO MOHAMED, en contra el Estado Argentino. En este informe la Comisión cuestiona, principalmente, las afectaciones al Principio de Legalidad y al Derecho a recurrir el fallo condenatorio del beneficiado.

### I. ANTECEDENTES:

- El 16 de marzo de 1992, el Sr. MOHAMED fue parte de un accidente de tránsito en la intersección de la Av. Belgrano y la calle Piedras de la ciudad de Buenos Aires, cuando conducía el bus 22[36]. Como resultado de dicho accidente el Sr. MOHAMED atropelló a la Sra. ADELA VIDARTE DE URLI; quien resultó con lesiones de gravedad, producto de las cuales murió en el hospital al que fue trasladada.

- El Sr. MOHAMED fue juzgado por **homicidio culposo,** previsto y sancionada por el art. 84 del CP argentino, ante el JUZGADO CORRECCIONAL N.º 3, SECRETARIA N.º 60; siendo absuelto, mediante sentencia del 13 de agosto de 1994.

- El Fiscal apeló la sentencia absolutoria; mientras que, la defensa del Sr. MOHAMED apeló solo el extremo referido a la asignación de costas.

- El recurso impugnatorio fue resuelto el 22 de febrero de 1996, por la SALA PRIMERA DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES, que reformó la sentencia apelada, condenándolo a una pena suspendida de tres años de prisión y ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor, al encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio culposo.

- La SALA fundamenta su sentencia, señalando que el Sr. MOHAMED incumplió la norma que prohíbe sobrepasar a otro en los cruces de calles, que busca preservar, a los conductores, la necesaria visibilidad en todo momento; para lo cual, utiliza como sustento los arts. 37, 39 y 40 de la Ley 6292/92 - Reglamentario del Tránsito Automotor, que no estaba vigente al momento en que se dieron los hechos.

- Ante ello, El Sr. MOHAMED interpuso recuso extraordinario y un recurso de queja, que fueron rechazados en su oportunidad, sin revisión del fondo del asunto.

---

* Por Cecilia Madrid Valerio.
[35] El texto completo del Informe se puede encontrar en http://www.cidh.org/demandas/11.618Esp.pdf
[36] De la línea de colectivos n.º 22, en la que se desempeñaba como conductor.

## II. SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- La Comisión señala que el principio de legalidad, previsto en el art. 9 de la Convención Americana, abarca los principios básicos de ***nullum crimen sine lege*** y ***nulla poena sine lege***; de conformidad con los cuales, los Estados no pueden procesar o sancionar penalmente a las personas por actos u omisiones que no constituyan delitos penales, según las leyes aplicables al momento de ser cometidos. Este principio impone a los Estados la obligación de formular la ley penal sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos, que definan con claridad las conductas como sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos que no constituyen delitos punibles, o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales[37].

- La Comisión observa que el núcleo de la conducta penada en el tipo penal de homicidio culposo establecido en el art 84 CP argentino, además de los elementos previstos en la descripción típica está constituido por la infracción al deber objetivo de cuidado, es decir, por la divergencia entre la acción realizada y aquella que debía realizarse de acuerdo a un patrón preestablecido normativamente. Los elementos normativos que componen este deber, y que determinan su alcance y contenido se encuentran constituidos por las reglas de prudencia, previstas en las leyes, en las normas de carácter administrativo, en normas técnicas o procedimientos que rigen determinadas profesiones (lex artis) y en normas de cuidado sobre la conducta de un hombre prudente, en la posición del agente desde una perspectiva de valoración anterior[38].

- Para la Comisión, la SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES, al fundamentar el deber objetivo de cuidado y completar el tipo penal de homicidio culposo con normas de un reglamento que no se encontraba vigente al momento de los hechos, violó el derecho del Sr. MOHAMED a la irretroactividad de la ley penal, consagrado en el art. 9 de la Convención Americana[39].

- Sin embargo, teniendo en cuenta que el principio de legalidad importa el respeto a las siguientes garantías:

    - **Garantía criminal**, en virtud a la cual se impide que se repute como delictiva una conducta si es que no se encuentra previamente tipificada en la ley penal que la castigue con una pena[40].
    - **Garantía penal**; según la cual se prohíbe imponer una pena a algún ciudadano si es que esta no se encuentra previamente establecida en la ley.
    - **Garantía jurisdiccional o judicial**; de acuerdo a la cual, nadie puede ser condenado sino en virtud de una sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, mediante un juicio seguido con todas las garantías que el sistema penal ordena[41].

---

[37] Fundamento 45.
[38] Fundamento 49.
[39] Fundamento 54.
[40] GARCÍA -PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal…*, p. 440.
[41] GARCÍA -PABLOS DE MOLINA**,** Antonio, *Derecho penal…*, p. 445.

- **Garantía de ejecución**; en función a la cual, la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que la regule[42].

- A diferencia de lo afirmado por la Comisión, creemos que la sentencia condenatoria emitida por la SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES no viola el principio de legalidad; toda vez que, el Sr. MOHAMED fue condenado por ocasionar la muerte de una persona en forma imprudente, conducta que se encontraba prevista como delito por el art. 84 del CP argentino, en el momento en que ocurrieron los hechos imputados.

- Ahora bien, tal como afirma la Comisión, el tipo imprudente supone la producción de un resultado lesivo por la superación o creación de un riesgo no permitido, a través de la infracción del deber objetivo de cuidado. Las normas de cuidado, que buscan evitar que una conducta se derive en un daño o un peligro no permitido a un bien jurídico determinado[43]; no siempre están positivizadas, pues se trata de pautas de diligencia socialmente aceptadas. Así estas podrán estar previstas tanto en normas administrativas como en principios o procedimientos de la *lex artis*-; ello no significa una afectación al principio de legalidad, siempre que la norma de cuidado se encuentre socialmente reconocida como tal.

- Por tanto, la ilicitud de homicidio culposo se encuentra determinada por el art. 84 CP argentino, que prohíbe ocasionar la muerte de otro en forma imprudente, y no necesita para la determinación de su ilicitud la existencia de una norma administrativa.

- La afectación al derecho del debido proceso del Sr. MOHAMED, se fundamenta en la existencia de un defecto en la motivación del deber objetivo de cuidado infringido, y no en que haya sido condenado por conducta no prevista como delito por la ley, al momento en que se dieron los hechos. La SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES no debió fundamentar, el deber objetivo de cuidado infringido, en una ley que no estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos; ya que pudo sustentarla, perfectamente, en la inobservancia de la *lex artis* que todo conductor prudente debe conocer y respetar.

- Esta afectación al derecho a la debida motivación se agravó, cuando la SALA PENAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES resolvió la inadmisibilidad del recurso extraordinario, presentado por el recurrente, e introdujo una nueva motivación sin entrar a conocer el fondo de la sentencia; pues, dicha resolución se limitó a establecer que se encontraba acreditado que el Sr. MOHAMED infringió un deber objetivo de cuidado, sin especificar de qué forma lo realizó ni los fundamentos normativos que compondrían ese deber objetivo de cuidado.

- Es de resaltar, que esta modificación de la motivación de la sentencia condenatoria, se lleva a cabo sin otorgar una oportunidad procesal al Sr. MOHAMED para ejercer su derecho de defensa, lo que afecta directamente el Principio de Contradicción previsto en el art. 8.2.c de la Convención Americana[44].

---

[42] GARCÍA -PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal…*, p. 449.
[43] CASTILLO ALVA, *Derecho penal*, p. 652.
[44] Fundamento 63.

## III. SOBRE LA CONDENA DEL ABSUELTO

- El derecho a recurrir el fallo tiene como objetivo evitar la firmeza de una decisión que fue adoptada con vicios, y que contiene errores, que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona[45].

- A criterio de la Comisión, ante una sentencia condenatoria, el texto del art. 8.2.h de la Convención Americana no establece una distinción expresa entre etapas procesales para el ejercicio del derecho a recurrir del fallo[46]; además, los trabajos preparatorios de esta norma, reflejan la expresa voluntad de **incluir el derecho de recurrir de un fallo condenatorio emitido en segunda instancia**.

  > Ello se advierte de la modificación del anteproyecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagraba en su art. 7 (i): ***"el derecho de recurso ante un tribunal superior del fallo de primera instancia"***, texto que fue modificado por moción del delegado de Ecuador, pues en el debate se advirtió que "en algunos países hay dos instancias pero puede ser en otros haya tres"; por lo que, se decidió modificar dicho literal dándole la redacción actual al art 8.2.h. [47]

- En consecuencia, concluye la Comisión, la garantía establecida en el art. 8.2.h no está limitada a una etapa procesal sino que se establece con el fin de que una sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia[48].

- Lo importante es que el recurso cumpla con los siguientes estándares: (i) debe proceder antes que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, (ii) debe ser resuelto en un plazo razonable, evitando una situación de injusticia, y (iii) debe ser accesible sin requerir mayores formalidades que tornen ilusorio el derecho[49].

- En el caso del Sr. MOHAMED, la Comisión advierte que debido al marco legal aplicable, únicamente procedía el recurso extraordinario ante la sentencia condenatoria emitida por la Cámara de Apelaciones, lo que no otorga una revisión oportuna, accesible y eficaz, de acuerdo con los estándares referidos.

- Es por ello, que la Comisión expresa claramente que *"no es compatible con el art. 8.2.h de la CADH que el derecho a la revisión sea condicionado a la existencia de una violación de derechos constitucionales o a una arbitrariedad manifiesta.* ***Toda persona condenada, aún en segunda instancia tras la absolución en primera instancia, tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y a que las mismas sean analizadas efectivamente por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de pruebas o de análisis"***[50]**.**

---

[45] Fundamento 69.
[46] Fundamento 70.
[47] Fundamento 71. Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washigton DC. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, p.202.
[48] Fundamento 73.
[49] Fundamento 75.
[50] Fundamento 93

- Cabe recordar que, quienes consideran que la posibilidad de condenar al absuelto no afecta ninguna garantía, afirman equivocadamente que el derecho a recurrir del condenado se garantiza por la doble instancia de revisión. Sin embargo, con el informe analizado, la Comisión aclara expresamente ello, al sostener que la garantía del art. 8.2.h de la CADH, también, le corresponde al absuelto que es condenado en segunda instancia, conforme a lo estándares previstos en su Fundamento 13 y sin que esta garantía se limite a una etapa procesal determinada.

- Además, conviene precisar que, para su fundamentación la Comisión, en el Fundamento 72, recurre a lo señalado por el Comité de Derechos Humanos en la Observación n.° 32, sobre el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se concibe a este derecho como una garantía del condenado.

- En suma, lo que el informe realiza es una interpretación de acorde a la finalidad de la garantía del art. 8.2.h, que busca evitar la situación de injusticia que conlleva la firmeza de una condena sin la debida revisión de posibles errores de interpretación, de valoración de pruebas o de análisis.

- Como se puede advertir, con este informe se pone a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un tema de absoluta relevancia, cuya interpretación es materia de debate en la aplicación del Código Procesal Penal, por la existencia del art. 425.3.b; en donde se permite la condena del absuelto, sin regular, para dicho supuesto, una instancia ordinaria de revisión del fallo condenatorio.

# RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

## ➢ EL DELITO DE COHECHO

El cohecho constituye un delito que muestra preocupantes niveles de incremento. Ante este delito, el Derecho penal y el Derecho procesal penal parecen ser impotentes. El delito es particularmente difícil de combatir, cuando este figura, más allá de manifestarse como "corrupción directa"


- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ta ed., Grijley, Lima, 2007.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, "El delito de cohecho pasivo propio en el Código Penal peruano", en: Actualidad Jurídica, N° 147, febrero, Lima, 2006.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2da ed., Lima, 2003.
- ALCOCER POVIS, Eduardo y REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de cohecho en el Perú. Comentarios a propósito de la Ley 28355*, Lima.
- PECO, José, "Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho", en: La Ley, N° 71, Buenos Aires, 1953.
- OLIVER, Guillermo, *Aproximación al delito de cohecho*, Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, Santiago de Chile, 2004.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "El delito de cohecho", en: Asúa Batarrita: *Delitos contra la administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Arazandi, Pamplona, 1999.

# LECTURA Nº 08

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SECRETARÍA GENERAL

**"AÑO DE LA INTEGRACIÓN NACIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE NUESTRA DIVERSIDAD"**

### Informe complementario Poder Judicial

## 1. Proceso de adopción de decisiones y recursos de revisión

**1.1.** Juzgamiento conforme al Código de Procedimientos Penales, Ley Nº 9024 del 16 de enero de 1940 (en adelante ACPP).

Tiene instaurado varios tipos de procesos, pero en lo que corresponde al juzgamiento por delitos de corrupción de funcionarios son dos: el proceso ordinario y el procedimiento especial seguido para altos funcionarios.

**1.1.1.** Proceso Ordinario (Ley N° 26689)

*Artículo 1.- Se tramitarán en la vía ordinaria, los siguientes delitos previstos en el Código Penal:*

*a. En los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud:*
*- Los de parricidio previstos en el Artículo 107°.*
*- Los de asesinato tipificados en el Artículo 108°.*
*b. En los delitos contra la libertad:*
*- Los de violación de la Libertad personal previstos en el Artículo 152°.*
*- Los de violación de la libertad sexual previstos en el Artículo 173°.*
*c. En los delitos contra el Patrimonio:*
*- Los de robo agravado previstos en 189°.*
*d. En los delitos contra la salud pública:*
*- En el de tráfico ilícito de drogas tipificados en los Artículos 189°.*
*e. En los delitos contra el Estado y la Defensa Nacionales*
*- Todos los previstos en el Título XV.*
*f. En los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional:*
*- Todos los previstos en XVI.*
***g. En los delitos contra la Administración Pública:***
*- Los de concusión tipificada en la Sección II.*
*- Los de peculado señalado en la Sección III.*
*- Los de corrupción de funcionarios previstos en la Sección IV.*

*Artículo 2°.- Todos los demás delitos previstos en el Código Penal se sujetan al trámite sumario establecido en el Decreto Legislativo N° 124.*

*Articulo 3°.- El recursos de queja de derecho sólo podrá formularse por denegatoria del e nulidad respecto en las sentencias y otras resoluciones que pongan fin al proceso. Al presentar el recurso de queja de derecho se precisará la infracción constitucional ola grave irregularidad procesal o sustantiva que motiva el recurso, citan o las piezas pertinentes del proceso y sus folios, La omisión de dicha información determinará que la Sala Penal Suprema declare de plano la inadmisibilidad de la queja.*

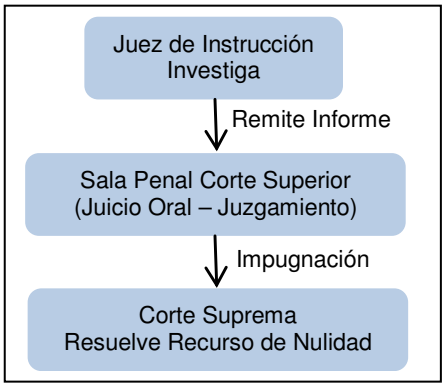
*La queja de derecho declarada infundada o improcedente por maliciosa dará lugar a la aplicación de las medidas disciplinarias previstas en el Artículo 292° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*Artículo 4°.- Derógase el Decreto Ley Nº 26147 y todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.*

*DISPOSICIÓN TRANSITORIA*

*Única.- Los procesos penales en trámite en los juzgados penales se adecuarán a las disposiciones de la presente ley. Los procesos que se han venido tramitando por la vía ordinaria y que se encuentren con informe del juez penal, continuarán su séquito por dichas reglas hasta concluir.*

#### 1.1.1.1. Esquema del Proceso Ordinario ACPP




### 1.1.2. Procedimiento Especial

Es el seguido contra altos funcionarios del Estado como: el Presidente de la República; los representantes al Congreso de la República; los Ministros de Estado; los miembros del Tribunal Constitucional; los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; los Jueces de la Corte Suprema; los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y el Contralor General[1], corresponde un proceso especial de conformidad con la ley Nº 27379 [Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la ley Nº 27379 tratándose de los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la constitución]. El trámite es el siguiente:

Artículo 1.- Titular de la investigación preliminar
El Fiscal de la Nación puede realizar investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a funcionarios del Estado comprendidos en el Artículo 99 de la Constitución.

El plazo de la investigación preliminar no excederá de 60 (sesenta) días naturales. En caso de encontrar evidencias o indicios razonables de la comisión de los delitos a que se refiere el párrafo precedente, el Fiscal de la Nación formula la denuncia constitucional correspondiente, adjuntando copia autenticada de los actuados en dicha investigación.

Artículo 2.- Medidas limitativas de derechos
Los funcionarios del Estado comprendidos en el Artículo 99 de la Constitución Política pueden ser objeto de las medidas limitativas de derechos previstas en la Ley Nº 27379. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios mencionados en el primer párrafo del Artículo 93 de la Constitución.

Están excluidas de las medidas limitativas de derechos las previstas en el Artículo 143 del Código Procesal Penal, así como las establecidas en el Artículo 2 de la Ley Nº 27379 en su inciso 1) y el impedimento de salir de la localidad en donde domicilie o del lugar que se le fije previsto en su inciso 2).

---

1 Acusación por infracción de la Constitución
Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

El Fiscal de la Nación solicita la aplicación de las medidas limitativas de derechos al Juez Titular menos antiguo de la Sala Penal de la Corte Suprema, el cual puede concederlas mediante resolución motivada. Asimismo, puede pedir el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria sin requerir autorización judicial.

Las subcomisiones investigadoras designadas por la Comisión Permanente, ésta última o el Pleno del Congreso de la República, según corresponda, pueden requerir al Juez Titular menos antiguo de la Sala Penal de la Corte Suprema la cesación, modificación o imposición de las medidas limitativas indicadas, desde el inicio del procedimiento de acusación constitucional y hasta que se comunique al Fiscal de la Nación la Resolución del Congreso que pone fin al procedimiento de acusación constitucional. En caso de resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso, la vigencia de dichas medidas se mantiene hasta 30 (treinta) días naturales después de publicada la resolución acusatoria.

Respecto al Procedimiento para requerir el levantamiento de la Inmunidad parlamentaria, esta precisado en el Reglamento del Congreso de la República[2]

Por su parte el Poder Judicial para el trámite interno de la solicitudes del levantamiento de inmunidad Parlamentaria aprobó el Reglamento correspondiente por Resolución Nº 09-2004-SP-CS-PJ del 28 de diciembre de 2004.

---

2 **Inmunidades de arresto y proceso**

**Artículo 16.** Los Congresistas no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente a más tardar dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

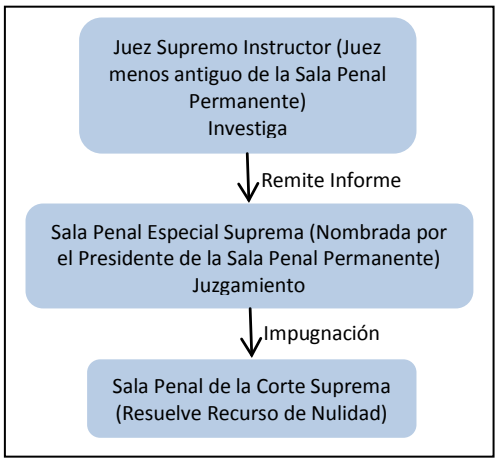
La inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra, ni respecto de los procesos penales iniciados ante la autoridad judicial competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan ni suspenden.
**(Párrafo modificado. Resolución Legislativa del Congreso 015-2005-CR, publicada el 3 de mayo de 2006)**

La petición para que se levante la inmunidad parlamentaria y se autorice a tramitar un proceso penal en contra de un Congresista, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 93 de la Constitución Política del Perú, será formulada por una Comisión conformada por Vocales Titulares de la Corte Suprema de Justicia designada por su Sala Plena. Dicha Comisión evalúa que la solicitud de levantamiento de fuero que se presenta al Congreso de la República esté acompañada de una copia autenticada de los actuados, tanto en la investigación policial, fiscal y judicial; respecto del o de los supuestos delitos en los que estaría involucrado el Congresista. Dicho informe será presentado por escrito, acompañado de la solicitud de levantamiento de fuero, al Congreso de la República.
El procedimiento parlamentario es el siguiente:

1. Recibida la solicitud, la Presidencia del Congreso, dentro de las veinticuatro horas siguientes, la pone en conocimiento de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria compuesta por cinco (5) Congresistas elegidos por el Pleno del Congreso, con el voto de la mitad más uno de su número legal.
2. La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria sin referirse al fondo del asunto, tiene un plazo de cuatro (4) días útiles para admitir la solicitud de levantamiento de inmunidad, o según sea el caso, pedir a la Corte Suprema de Justicia que se subsanen los defectos o vicios procesales de dicha solicitud y sus anexos.
   La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria evalúa los actuados y determina que solo exista motivación de carácter legal y no de índole política, racial, religiosa o de otra naturaleza discriminatoria.
   Los pedidos que no se encuentren dentro de los supuestos establecidos en el presente artículo serán rechazados de plano y devueltos a la Corte Suprema de Justicia.
3. Admitida la solicitud, el Presidente de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria convoca a sesión dentro de los tres (3) días hábiles siguientes y cita al Congresista para que ejerza personalmente su derecho de defensa, pudiendo ser asistido por letrado. Se señalarán dos (2) fechas con intervalo de un (1) día para el ejercicio del derecho de defensa del parlamentario. La inasistencia del parlamentario no suspende el procedimiento.
   En el supuesto que el Congresista se allane por escrito, con firma legalizada o fedateada, al pedido de levantamiento de inmunidad parlamentaria, la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria dictaminará, en un plazo máximo de tres (3) días hábiles siguientes al allanamiento, aprobándolo o rechazándolo.
   **(Párrafo adicionado. Resolución Legislativa del Congreso 008-2007-CR, publicada el 17 de octubre de 2007)**
   ---
   ***NOTA: En la Resolución Legislativa del Congreso 008-2007-CR, publicada el 17 de octubre de 2007, que adiciona este párrafo, se incluye la siguiente Disposición Complementaria:***
   ***"Unica**. Las presentes modificaciones al Reglamento del Congreso de la República no resultan de aplicación a los hechos, situaciones jurídicas o procesos relativos al Estatuto de los Congresistas, o al procedimiento de acusación constitucional, previos a su entrada en vigencia".*
   ---
4. La Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria dictamina en un plazo máximo de quince (15) días útiles, contados a partir del día siguiente de la realización de la sesión en la que se citó al Congresista denunciado para su defensa.
5. Dentro de los dos (2) días hábiles de emitido el dictamen por la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria, el Consejo Directivo del Congreso lo consignará en la Agenda del Pleno de la sesión siguiente a la fecha de su recepción a fin de someterlo al debate y votación correspondiente, la cual podrá realizarse en la misma sesión o a más tardar en la subsiguiente, a criterio del Presidente del Congreso.

El Congresista aludido en la solicitud de levantamiento de fuero tiene derecho a usar hasta 60 minutos en su defensa, en cualquiera de las instancias, recibir oportunamente el dictamen respectivo, la trascripción de las intervenciones que realice, así como ser asistido por letrado.
El levantamiento del fuero procede con los votos conformes de la mitad más uno del número legal de Congresistas.
Lo resuelto por el Pleno es comunicado a la Corte Suprema de Justicia.
**(Artículo modificado aprobado por el Pleno del Congreso de fecha 6 de marzo de 1998)**
**(Artículo modificado. Resolución Legislativa del Congreso 011-2004-CR, publicada el 23 de octubre de 2004)**
**(Artículo modificado. Resolución Legislativa del Congreso 008-2007-CR, publicada el 17 de octubre de 2007)**

**1.1.2.1.** Esquema del Procedimiento Especial para Altos Funcionarios




**1.1.3.** Los recursos ordinarios de impugnación

El medio impugnatorio que los recurrentes pueden plantear en los procesos ordinarios es el recurso de nulidad[3], la competencia para conocer el mencionado recurso le corresponde a la Corte Suprema de conformidad con el artículo 15 del CdePP[4].

**1.2.** Juzgamiento conforme al Nuevo Código Procesal Penal de 2004, Decreto Legislativo N° 957), del 29 de julio de 2004 en adelante NCPP, contiene los siguientes procesos:

**1.2.1.** Proceso Común

El proceso común, más conocido como el procedimiento ordinario en el nuevo Código Procesal Penal. En ella se establece una nueva estructura de un proceso y su juzgamiento, lo que más resalta de este nuevo modelo es en cuanto a la primera etapa denominada Investigación Preparatoria, la misma que tiene una sub etapa inicial denominada de investigación preliminar, ésta tiene por finalidad con recoger todas las pruebas urgentes e irrepetibles tendientes a determinar la ilicitud del hecho denunciado, sus probables responsables y los delitos cometidos. La investigación preliminar cuenta con 20 días de investigación prorrogable y luego de la disposición de formalización y continuación de la investigación preliminar por parte de la fiscalía, el modelo establece un plazo de 120 días para concluir la investigación (puede ser prorrogable).

Culminada la investigación cuyo objetivo es consolidar la acusación, el Fiscal debe presentar la acusación propiamente dicha o el pedido de archivamiento. Esta etapa es denominada intermedia y el control absoluto la tiene el Juez quien examinará en audiencia pública la acusación o sobreseimiento, a efectos de que esta, si

---

3 Artículo 292.- Resoluciones recurribles en recursos de nulidad.
El recurso de nulidad procede contra:
a. Las sentencias en los procesos ordinarios;
b. Los autos expedidos por la Sala Penal Superior en los procesos ordinarios que, en primera instancia, revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la pena de multa o las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
c. Los autos definitivos dictados por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia;
d. Los autos emitidos por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, se pronuncien sobre la refundición de penas o la sustitución de la pena por retroactividad benigna, o que limiten el derecho fundamental a la libertad personal; y,
e. Las resoluciones expresamente previstas por la ley".

4 Artículo 15.-La Corte Suprema de Justicia conocerá de las resoluciones expedidas por los Tribunales Correccionales, contra las que este Código concede el recurso de nulidad. Resolverá, igualmente, las quejas, cuestiones de competencia y de extradición, conforme a las leyes.

corresponde, ser elevada, previo dictación de auto de enjuiciamiento, a un juicio oral.

El juicio oral, en el nuevo modelo tiene como característica principal desarrollarse en audiencia única y consecutiva (con el modelo antiguo estás podían llevarse a cabo solo una vez por semana, lo que hacía demasiado prolongados las audiencias).

Estas características del proceso común son asimilables al modelo acusatorio, por cuanto quien investiga desde el inicio es el Fiscal, ya no tiene injerencia alguna el juez, salvo para autorizar alguna restricción de algún derecho fundamental (libertad, secretos de las comunicaciones, etc.), existe dos jueces uno inicial encargado de la investigación preparatoria y luego el juez del juzgamiento encargado de dirigir el Juicio Oral.

**1.2.2.** Procesos Especiales:

Nuestro nuevo modelo procesal ha estructurado procesos especiales, estos son:
a. El Proceso Inmediato
b. El Proceso por Razón de la Función Pública
   i. El Proceso por Delitos de Función Atribuidos a Altos Funcionarios Públicos
   ii. El Proceso por Delitos Comunes Atribuidos a Congresistas y Otros Altos Funcionarios
   iii. El Proceso por Delitos de Función Atribuidos a Otros Funcionarios Públicos
c. El Proceso de Seguridad.
d. Proceso por Delito de Ejercicio Privado de la Acción Penal
e. El Proceso de Terminación Anticipada
f. Proceso por Colaboración Eficaz.
g. El Proceso por Faltas

Los procesos por corrupción de funcionario son en su mayoría vinculados por razón de la función pública, estos pueden ser altos funcionarios públicos (jefes de estado, Ministro y otros), congresistas y otros funcionarios, incluso pueden ser tanto para delitos comunes como para delitos de su función.
Respecto al proceso por razón de la función pública el Código Procesal ha estipulado las siguientes reglas:

*Sección II*
*El proceso por razón de la función pública*

*Título I*
***El proceso por delitos de función atribuidos a Altos Funcionarios Públicos (se regirán por las reglas del proceso común).***

*Artículo 449 Disposiciones aplicables.- El proceso penal contra los altos funcionarios públicos taxativamente designados en el artículo 99 de la Constitución por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en él, se regirá por las reglas del proceso común, salvo las que se establecen en este Título.*

*Artículo 450 Reglas específicas para la incoación del proceso penal.-*
1. *La incoación de un proceso penal, en los supuestos del artículo anterior, requiere la previa interposición de una denuncia constitucional, en las condiciones establecidas por el Reglamento del Congreso y la Ley, por el Fiscal de la Nación, el agraviado por el delito o por los Congresistas; y, en especial, como consecuencia del procedimiento parlamentario, la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso.*
2. *El Fiscal de la Nación, en el plazo de cinco días de recibida la resolución acusatoria de contenido penal y los recaudos correspondientes, emitirá la correspondiente Disposición, mediante la cual formalizará la*

*Investigación Preparatoria, se dirigirá a la Sala Penal de la Corte Suprema a fin de que nombre, entre sus miembros, al Juez Supremo que actuará como Juez de la Investigación Preparatoria y a los integrantes de la Sala Penal Especial que se encargará del Juzgamiento y del conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el primero, y designará a los Fiscales Supremos que conocerán de las etapas de Investigación Preparatoria y de Enjuiciamiento.*

3. *El Juez Supremo de la Investigación Preparatoria, con los actuados remitidos por la Fiscalía de la Nación, dictará, en igual plazo, auto motivado aprobando la formalización de la Investigación Preparatoria, con citación del Fiscal Supremo encargado y del imputado. La Disposición del Fiscal de la Nación y el auto del Juez Supremo de la Investigación Preparatoria respetarán los hechos atribuidos al funcionario y la tipificación señalada en la resolución del Congreso.*
4. *Notificado el auto aprobatorio del Juez Supremo de la Investigación Preparatoria, el Fiscal Supremo designado asumirá la dirección de la investigación, disponiendo las diligencias que deban actuarse, sin perjuicio de solicitar al Juez Supremo las medidas de coerción que correspondan y los demás actos que requieran intervención jurisdiccional.*
5. *El cuestionamiento de la naturaleza delictiva de los hechos imputados o del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, así como lo relativo a la extinción de la acción penal podrá deducirse luego de formalizada y aprobada la continuación de la Investigación Preparatoria, mediante los medios de defensa técnicos previstos en este Código.*
6. *La necesidad de ampliar el objeto de la investigación por nuevos hechos delictivos cometidos por el Alto Funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, requiere resolución acusatoria del Congreso, a cuyo efecto el Fiscal de la Investigación Preparatoria se dirigirá al Fiscal de la Nación para que formule la denuncia constitucional respectiva. Si de la investigación se advierte que la tipificación de los hechos es diferente a la señalada en la resolución acusatoria del Congreso, el Fiscal emitirá una Disposición al respecto y requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria emita la resolución aprobatoria correspondiente, quien se pronunciará previa audiencia con la concurrencia de las partes. En este caso no se requiere la intervención del Congreso.*
7. *Contra la sentencia emitida por la Sala Penal Especial Suprema procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contra la sentencia de vista no procede recurso alguno.*
8. *El auto de sobreseimiento o el que ampara una excepción u otro medio de defensa que enerve la pretensión acusatoria, así como la sentencia absolutoria, en tanto adquieran firmeza, devuelve al procesado sus derechos políticos, sin que sea necesario acuerdo de Congreso en este sentido.*
9. *El plazo que se refiere al artículo 99 de la Constitución no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84 del Código Penal.*
10. *Vencido el plazo de cinco años, previsto en el artículo 99 de la Constitución, siempre que no se haya incoado el proceso penal, el ex alto funcionario público estará sometido a las reglas del proceso penal común.*

*Artículo 451 Conversión del procedimiento común y acumulación.-*

1. *Si en el curso de un proceso penal común, se determina que uno de los imputados está incurso en el artículo 99 de la Constitución, el Juez de la causa, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de otro sujeto procesal, previa audiencia con la intervención de los mismos, remitirá copia de lo actuado a la Fiscalía de la Nación para que se proceda a la formulación de la denuncia constitucional correspondiente; si el Fiscal de la Nación no está conforme con la resolución judicial solicitará la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema para que se pronuncie al respecto. La Sala resolverá, mediante resolución inimpugnable y previa audiencia con asistencia de las partes.*
2. *Cuando el hecho sea atribuido a varios imputados y sólo alguno de ellos debe ser sujeto al procedimiento parlamentario de acusación constitucional, la causa deberá separarse para que se continúe en la jurisdicción ordinaria contra quienes no proceda este procedimiento. Se remitirá copia certificada de lo actuado al Fiscal de la Nación contra los restantes, para que proceda conforme lo dispone el numeral anterior. Si el Congreso emite resolución acusatoria, las causas deberán acumularse y serán tramitadas según las reglas especiales previstas en este Título.*

*Título II*

***El proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios (proceso común)***

*Artículo 452 Ámbito.-*

1. *Los delitos comunes atribuidos a los Congresistas, al Defensor del Pueblo y a los Magistrados del Tribunal Constitucional, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, no pueden ser objeto de investigación preparatoria y enjuiciamiento hasta que el Congreso, o el Pleno del Tribunal Constitucional en el caso de sus miembros, siguiendo el procedimiento parlamentario -o el administrativo en el caso del Tribunal Constitucional- que corresponda, lo autorice expresamente.*

2. *Si el funcionario ha sido detenido en flagrante delito deberá ser puesto en el plazo de veinticuatro horas a disposición del Congreso o del Tribunal Constitucional, según el caso, a fin de que inmediatamente autorice o no la privación de libertad y el enjuiciamiento.*

*Artículo 453 Reglas del proceso y elevación del requerimiento de autorización de procesamiento.-*

1. *El proceso penal, en estos casos, se seguirá bajo las reglas del proceso común. En la etapa de enjuiciamiento intervendrá un Juzgado colegiado. El recurso de casación procederá según las disposiciones comunes que lo rigen.*
2. *Si al calificar la denuncia, el Informe Policial o las indagaciones preliminares, o si en el curso del proceso se advierte que el imputado está incurso en las disposiciones del artículo anterior, el Juez de oficio o a petición de parte, previa audiencia, elevará los actuados respecto de aquél al Presidente de la Corte Superior correspondiente para que por su conducto se eleven las actuaciones al Congreso o al Tribunal Constitucional, según el caso, a fin de que se expida la resolución de autorización de procesamiento. Desde el momento en que se dicte la resolución, que es inimpugnable, se reservará lo actuado en ese extremo a la espera de la decisión de la autoridad competente, sin perjuicio de continuar la causa si existen otros procesados.*

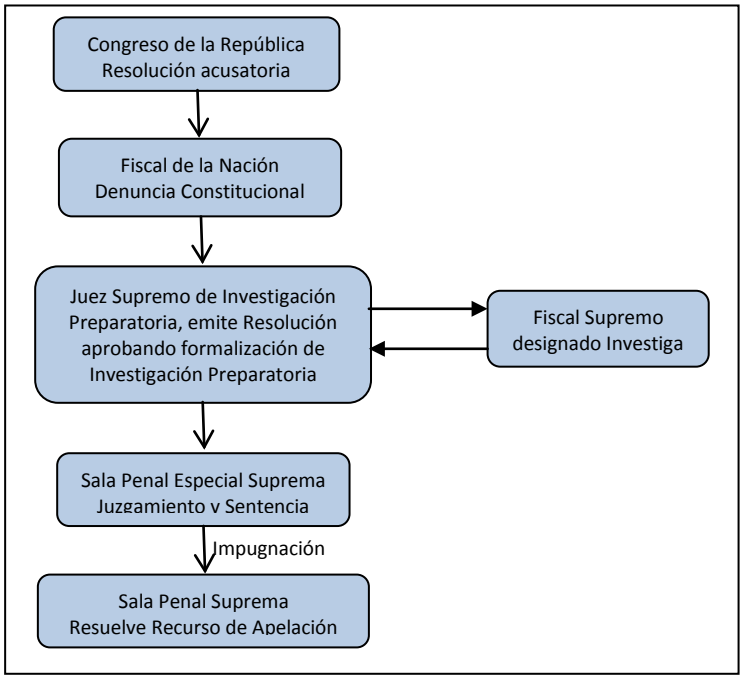
*Título III*

***El proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos***

*Artículo 454 Ámbito.-*

1. *Los delitos en el ejercicio de sus funciones atribuidos a los Jueces y Fiscales Superiores, a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, al Procurador Público, y a todos los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, requieren que el Fiscal de la Nación, previa indagación preliminar, emita una Disposición que decida el ejercicio de la acción penal y ordene al Fiscal respectivo la formalización de la Investigación Preparatoria correspondiente.*
2. *La Disposición del Fiscal de la Nación no será necesaria cuando el funcionario ha sido sorprendido en flagrante delito, el mismo que en el plazo de veinticuatro horas será conducido al despacho del Fiscal Supremo o del Fiscal Superior correspondiente, según los casos, para la formalización de la investigación preparatoria.*
3. *Corresponde a un Fiscal Supremo y a la Corte Suprema el conocimiento de los delitos de función atribuidos a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, a los Jueces y Fiscales Superiores y al Procurador Público, así como a otros funcionarios que señale la Ley. En estos casos la Sala Penal de la Corte Suprema designará, entre sus miembros, al Vocal para la Investigación Preparatoria y a la Sala Penal Especial, que se encargará del Juzgamiento y del conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el primero; y, el Fiscal de la Nación hará lo propio respecto a los Fiscales Supremos que conocerán de las etapas de investigación preparatoria y de enjuiciamiento. Contra la sentencia emitida por la Sala Penal Especial Suprema procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contra la sentencia de vista no procede recurso alguno.*
4. *Corresponde a un Fiscal Superior y a la Corte Superior competente el conocimiento de los delitos de función atribuidos al Juez de Primera Instancia, al Juez de Paz Letrado, al Fiscal Provincial y al Fiscal Adjunto Provincial, así como a otros funcionarios que señale la Ley. En estos casos la Presidencia de la Corte Superior designará, entre los miembros de la Sala Penal competente, al Vocal para la Investigación Preparatoria y a la Sala Penal Especial, que se encargará del Juzgamiento y del conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el primero; y, el Fiscal Superior Decano hará lo propio respecto a los Fiscales Superiores que conocerán de las etapas de investigación preparatoria y de enjuiciamiento. Contra la sentencia emitida por la Sala Penal Especial Superior procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Penal de la Corte Suprema. Contra esta última sentencia no procede recurso alguno.*

En el siguiente gráfico podemos observar un esquema del Proceso Penal seguido contra Altos Funcionarios:




Respecto a los medios de impugnación el nuevo Código Procesal Penal, de conformidad con el artículo 413° del NCPP, se tiene los siguientes:

1. Recurso de reposición
2. Recurso de apelación
3. Recurso de casación
4. Recurso de queja

De estos recursos los ordinarios son la apelación que según lo requieran las partes del proceso, pueden ser interpuestas y tienen como objeto si así lo postulan las partes, a un examen total de la primera sentencia o resolución final de fondo.

El recurso de casación[5], es un recurso extraordinario cuya competencia sólo la tiene la Corte Suprema, su examen es estrictamente respecto de la aplicación de ley o la norma en el proceso penal.

## 2. Resultados en relación con el cumplimiento de sus responsabilidades (Anexo 1)

Complementar la respuesta del Perú con el fin de contar con información sobre los resultados obtenidos por el Poder Judicial en la sanción de las prácticas corruptas que generen responsabilidad penal para quienes resultan involucrados en las mismas, relacionando el número total de casos investigados que se encontraban listos para su decisión en cada uno de los últimos cinco años; el número de decisiones adoptadas en relación con los mismos; el número de estas decisiones que resultaron en imputación de responsabilidad o sanción; el número de estas decisiones que resultaron en no imputación de responsabilidad o absolución; y el número de estas decisiones relativas a prescripción de la sanción o extinción de la

5 Ver Artículo 427 al 436 del NCPP.

responsabilidad por no haberse adoptado la decisión dentro de los términos establecidos.

El Poder Judicial como única institución competente para establecer sanción penales y civiles por la comisión de delitos tiene estructurado en lo referente a la lucha contra la corrupción de funcionario varios procedimientos y órganos especializados.

Los delitos de corrupción de funcionario materia de evaluación son los siguientes: Abuso de autoridad, Concusión, Colusión, Patrocinio ilegal, Responsabilidad de peritos árbitros y contadores particulares, Peculado, Malversación, Cohecho pasivo propio, Cohecho pasivo impropio, Cohecho pasivo específico, Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, Cohecho activo genérico, Cohecho activo transnacional, Cohecho activo específico, Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, Tráfico de influencias, Enriquecimiento ilícito, Decomiso y Adjudicación de bienes decomisados.

**2.1** Procesos seguidos (ingresados) por corrupción de funcionario a nivel nacional desde 2007 al 2012.

Los resultados son:

**Delitos ingresados comprendidos en el artículos 376 al 401 - B entre los años 2007 al 2012**

**Delitos**

| Delitos de Función | Cantidad |
|---|---|
| Abuso de autoridad | 15,811 |
| Adjudicación al Estado de bienes decomisados | 4 |
| Cohecho activo específico | 114 |
| Cohecho activo genérico | 1950 |
| Cohecho pasivo específico | 170 |
| Cohecho pasivo impropio | 1064 |
| Cohecho pasivo propio | 2589 |
| Concusión | 2621 |
| Decomiso de donativo | 3 |
| Enriquecimiento ilícito | 385 |
| Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo | 2477 |
| Patrocinio ilegal | 335 |
| Peculado | 7032 |
| Tráfico de influencias | 653 |
| **Total** | **35,208** |

**Delitos ingresados comprendidos en el artículos 376 al 401 - B entre los años 2007 al 2012**

**Cortes**

| Cortes | Cantidad |
|---|---|
| Amazonas | 416 |
| Ancash | 2,035 |
| Apurímac | 384 |
| Arequipa | 1,107 |
| Ayacucho | 872 |
| Cajamarca | 448 |
| Callao | 560 |
| Cañete | 148 |
| Cusco | 887 |
| Del Santa | 979 |
| Huancavelica | 583 |
| Huánuco | 843 |
| Huaura | 808 |
| Ica | 359 |
| Junín | 1,580 |
| La Libertad | 1,091 |
| Lambayeque | 1,079 |
| Lima Norte | 956 |
| LIMA SUR - Periféricos(Villa el Salvador/Lurín) | 70 |
| LIMA SUR - San Juan Miraflores | 195 |
| LIMA SUR - Villa María Triunfo | 254 |
| Loreto | 819 |
| Madre de Dios | 305 |
| Moquegua | 377 |
| Pasco | 518 |
| Piura | 988 |
| Puno | 882 |
| San Martin | 160 |
| Sullana | 396 |
| Tacna | 678 |
| Tumbes | 725 |
| Ucayali | 513 |
| LIMA - Penal | 11,092 |
| LIMA - Periféricos | 497 |
| Corte Suprema | 1,604 |
| **Total** | **35,208** |

**2.2** Procesos seguidos por juzgados especializados y por años: en la Corte Superior de Lima: las Salas Anticorrupción, con el ACPP. Con resultados al 80%:

**1era Sala Penal Liquidador**

**Sentencias**

| Año | Número de Procesos C/. Sentencias |
|---|---|
| 2001 | 4 |
| 2002 | 3 |
| 2003 | 11 |
| 2004 | 4 |
| 2005 | 9 |
| 2006 | 12 |
| 2007 | 12 |
| 2008 | 14 |
| 2009 | 19 |
| 2010 | 10 |
| 2011 | 6 |
| **Total** | **104** |

**2da Sala Penal Liquidador** → **Sentencias**

| Año | Número de Procesos C/. Sentencias |
|---|---|
| 2001 | 4 |
| 2002 | 5 |
| 2003 | 14 |
| 2004 | 13 |
| 2005 | 25 |
| 2006 | 13 |
| 2007 | 21 |
| 2008 | 6 |
| 2009 | 2 |
| **Total** | **106** |

**3ra Sala Penal Liquidador** → **Sentencias**

| Año | Número de Procesos C/. Sentencias |
|---|---|
| 2004 | 2 |
| 2008 | 1 |
| 2011 | 2 |
| **Total** | **5** |

**4ta Sala Penal Liquidador** → **Sentencias**

| Año | Número de Procesos C/. Sentencias |
|---|---|
| 2003 | 3 |
| 2004 | 6 |
| 2005 | 12 |
| 2006 | 6 |
| 2007 | 18 |
| 2008 | 4 |
| 2009 | 17 |
| 2010 | 6 |
| 2011 | 5 |
| **Total** | **7** |

Procesos judiciales por delitos de Corrupción de Funcionarios: en la Corte Superior de Lima, las Salas Anticorrupción, con el ACPP:

**1era Sala Penal Liquidador** → **Sentencias**

| Año | Número de Procesos c/. Sentencias |
|---|---|
| Absolutoria | 25 |
| Archivo | 4 |
| Condenatoria | 47 |
| Condenatoria y absolutoria | 16 |
| Dictamen ampliatorio extraordinario | 1 |
| Dirimieron Competencia a favor de la Sala Penal Nacional | 1 |
| Dirimieron Competencia a favor del 2do Juzgado Penal Especial | 1 |
| Juicio Oral | 3 |
| No abrir instrucción | 25 |
| No haber mérito a pasar a Juicio Oral | 2 |
| Nulidad de actuados | 1 |
| Prescripción | 9 |
| Remitido a la Mesa de Partes de las Salas Penales con reos Libres | 1 |
| Remitidos a la Mesa de Partes de los Juzgados Penales de Lima | 1 |
| Sentenciado | 5 |
| Sobreseimiento | 8 |
| Trámite | 39 |
| Trámite en Juzgado | 2 |
| **Total** | **191** |

**2da Sala Penal Liquidador**

**Sentencias**

| Año | Número de Procesos c/. Sentencias |
|---|---|
| Archivamiento | 1 |
| Dirimieron Competencia al 16 Juzgado | 1 |
| Juicio Oral | 3 |
| No abrir instrucción | 12 |
| Prescripción | 18 |
| Retiro de acusación | 2 |
| Sentencia/Absolutoria | 27 |
| Sentencia/Condenatoria | 28 |
| Sentencia/Condenatoria/Absolutoria | 17 |
| Trámite | 11 |
| **Total** | **120** |

**3era Sala Penal Liquidador**

**Sentencias**

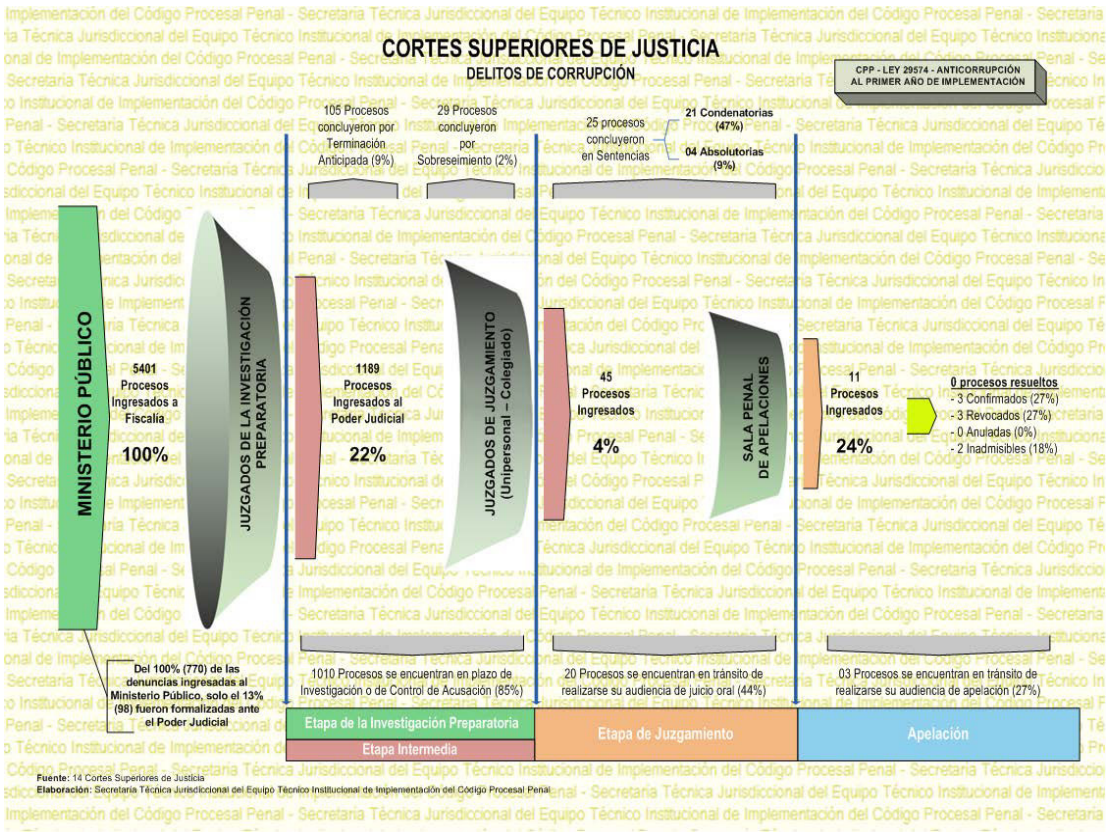
| Año | Número de Procesos c/. Sentencias |
|---|---|
| Actas | 1 |
| Condenatoria y Absolutoria | 1 |
| Condenados | 1 |
| Confirman No Haber Nulidad | 1 |
| Confirma Sentencia Absolutoria | 2 |
| Contienda de Competencia | 2 |
| Declinatoria de Jurisdicción | 1 |
| Revocaron No Haber Nulidad | 1 |
| **Total** | **10** |

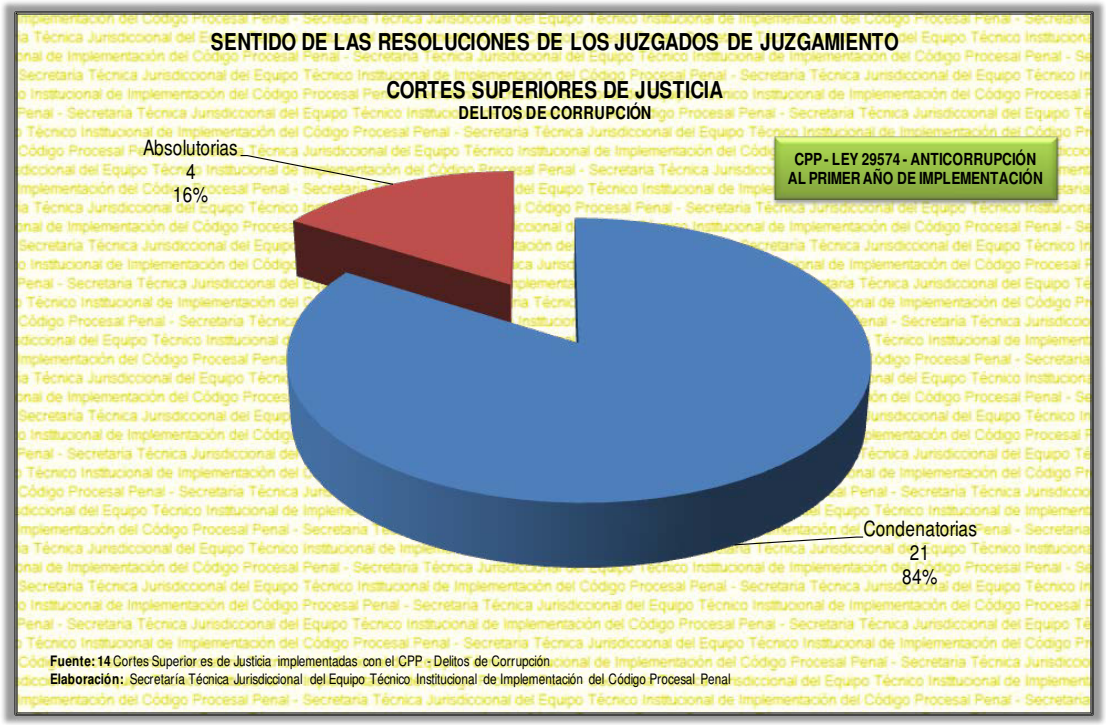
**4ta Sala Penal Liquidador**

**Sentencias**

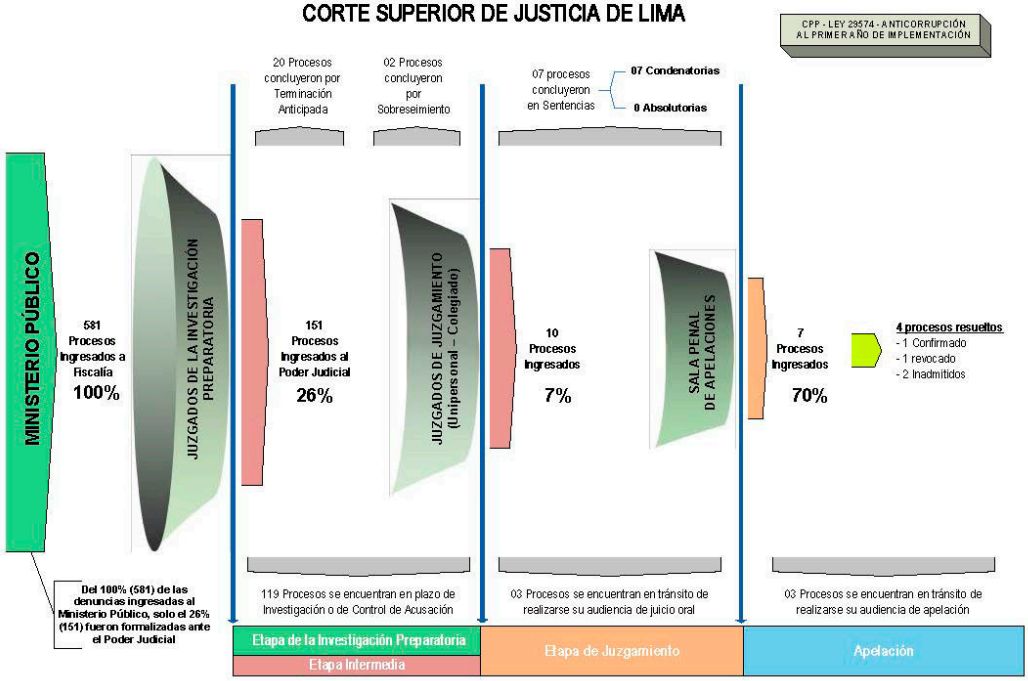
| Año | Número de Procesos c/. Sentencias |
|---|---|
| Absolutoria | 33 |
| Absolutoria y Condenatoria | 9 |
| Ampliación Instrucción | 2 |
| Archivo | 3 |
| Condenatoria | 23 |
| Confirma retiro de acusación Fiscal | 1 |
| Confirman la terminación anticipada | 1 |
| Confirmaron sentencia de prescripción | 8 |
| Control de Acusación | 2 |
| Declara procedente pedido de adecuación del tipo penal | 1 |
| En Consulta | 1 |
| Juicio Oral | 9 |
| No abrir instrucción | 16 |
| No haber mérito a juicio oral | 7 |
| Trámite | 52 |
| Trámite en juzgado | 1 |
| **Total** | **169** |

## 2.3 Procesos seguidos a nivel nacional por corrupción de funcionario con el NCPP.



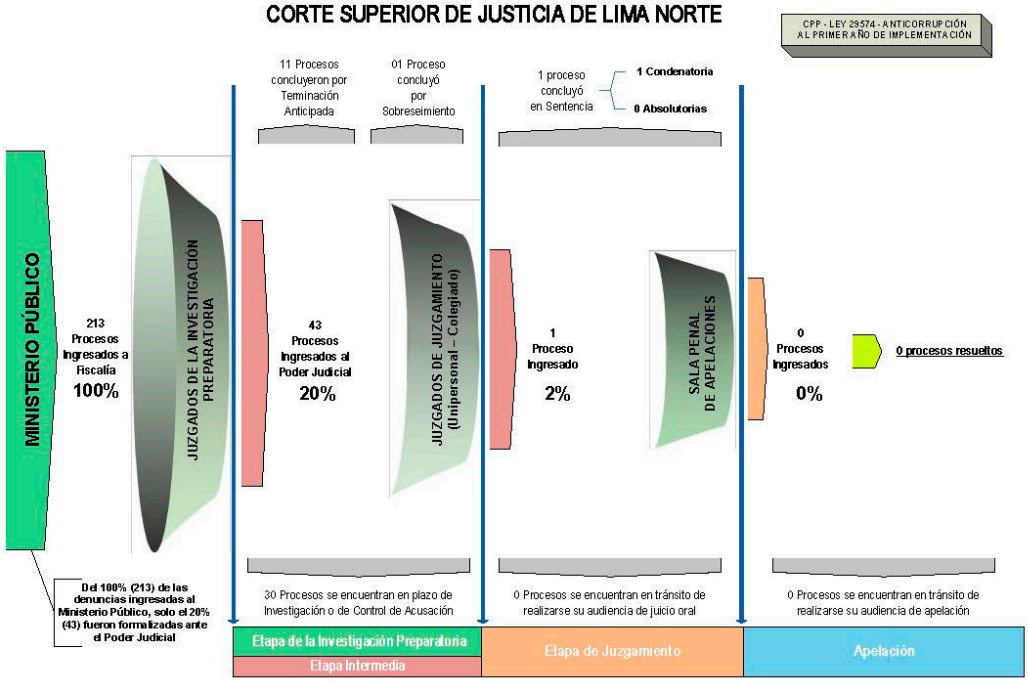



## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



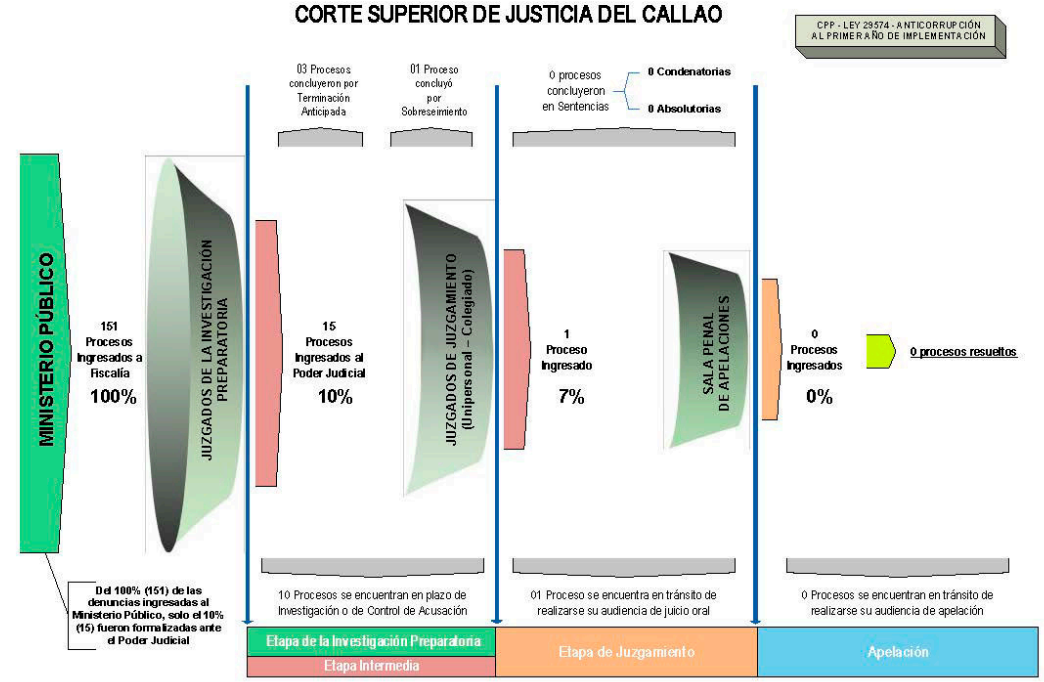

Fuente: Corte Superior de Justicia de Lima (Del 15 de enero de 2011 al 14 de enero de 2012)
Elaboración: Secretaría Técnica del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Código Procesal Penal

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE



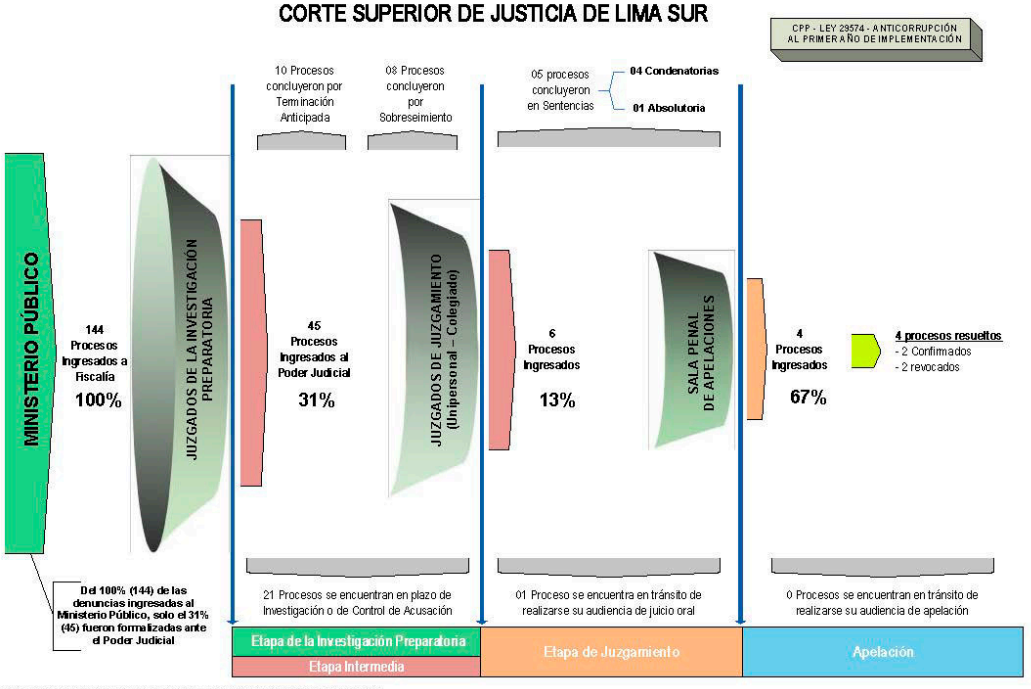

Fuente: Corte Superior de Justicia de Lima Norte (Del 01 de abril de 2011 al 31 de marzo de 2012)
Elaboración: Secretaría Técnica del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Código Procesal Penal

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO




Fuente: Corte Superior de Justicia del Callao (Del 01 de abril de 2011 al 31 de marzo de 2012)
Elaboración: Secretaría Técnica del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Código Procesal Penal

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SUR




Fuente: Corte Superior de Justicia de Lima Sur (Del 01 de abril de 2011 al 31 de marzo de 2012)
Elaboración: Secretaría Técnica del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Código Procesal Penal

## 2.4 Resultado de condenas a nivel nacional por delitos de corrupción de funcionario.

**Condenas inscritas por los delitos comprendidos entre el art. 376 al 401-B del Código Penal**

**Condenas**

| Cortes | Cantidad |
|---|---|
| Abuso de Autoridad | 266 |
| Concusión | 140 |
| Colusión | 593 |
| Patrocinio Ilegal | 4 |
| Responsabilidad de Peritos Árbitros y Contadores Particulares | 0 |
| Peculado | 3186 |
| Malversación | 191 |
| Cohecho Pasivo Propio | 243 |
| Cohecho Pasivo Impropio | 108 |
| Cohecho Pasivo Especifico | 24 |
| Corrupción Pasiva De Auxiliares Jurisdiccionales | 36 |
| Cohecho Activo Genérico | 318 |
| Cohecho Activo Trasnacional | 0 |
| Cohecho Activo Especifico | 23 |
| Negociación Incompatible O Aprovechamiento Indebido De Cargo | 156 |
| Tráfico De Influencias | 107 |
| Enriquecimiento Ilícito | 1 |
| Decomiso | 0 |
| Adjudicación Al Estado De Bienes Decomisados | 0 |
| **Total** | **5,396** |

**Condenas inscritas por los delitos comprendidos entre el art. 376 al 401-B del Código Penal**

**Cortes**

| Cortes | Cantidad |
|---|---|
| Amazonas | 84 |
| Ancash | 158 |
| Apurímac | 158 |
| Arequipa | 220 |
| Ayacucho | 221 |
| Cajamarca | 63 |
| Callao | 94 |
| Cañete | 58 |
| Cusco | 195 |
| Del Santa | 109 |
| Huancavelica | 216 |
| Huánuco | 109 |
| Huaura | 80 |
| Ica | 218 |
| Junín | 259 |
| La Libertad | 162 |
| Lambayeque | 215 |
| Lima | 1,006 |
| Lima Norte | 164 |
| Lima Sur | 21 |
| Loreto | 315 |
| Madre de Dios | 44 |
| Moquegua | 133 |
| Pasco | 47 |
| Piura | 145 |
| Puno | 300 |
| San Martín | 157 |
| Sullana | 59 |
| Tacna | 56 |
| Tumbes | 110 |
| Ucayali | 220 |
| **Total** | **5,396** |

## 3. Implementación del Código Procesal Penal a Nivel Nacional

Mediante Ley N° 29574, se dispone la aplicación inmediata del Código Procesal Penal, que fuera promulgado por el Decreto Legislativo N° 957, para delitos cometidos por funcionarios públicos, tipificados en las Secciones II, III y IV, artículos 382° al artículo 401°, del Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, así como sus delitos conexos y para personas que intervienen como partícipes en los mismos hechos delictivos.

**Cronograma de Implementación del NCPP**

| Año | Fecha | DISTRITOS JUDICIALES | | |
|---|---|---|---|---|
| | | NCPP para todos los delitos | NCPP para delitos por corrupción | Por Implementar NCPP para todos los delitos |
| 2006 | 01.JULIO | Huaura | | |
| 2007 | 01.ABRIL | La Libertad | | |
| 2008 | 01.ABRIL | Moquegua | | |
| | | Tacna | | |
| | 01.OCTUBRE | Arequipa | | |
| 2009 | 01.ABRIL | Lambayeque | | |
| | | Piura | | |
| | | Tumbes | | |
| | 01.OCTUBRE | Cusco | | |
| | | Madre de Dios | | |
| | | Puno | | |
| | 01.DICIEMBRE | Cañete | | |
| | | Ica | | |
| 2010 | 01.ABRIL | Amazonas | | |
| | | Cajamarca | | |
| | | San Martín | | |
| 2011 | 15.ENERO | | Lima | |
| | 01.ABRIL | | Callao | |
| | | | Lima Norte | |
| | | | Lima Sur | |
| | 01.JUNIO | | Ancash | |
| | | | Apurímac | |
| | | | Ayacucho | |
| | | | Huancavelica | |
| | | | Huánuco | |
| | | | Junín | |
| | | | Loreto | |
| | | | Pasco | |
| | | | Santa | |
| | | | Ucayali | |
| 2012 | 01.JUNIO | Ancash | | |
| | | Huánuco | | |
| | | Pasco | | |
| | | Santa | | |
| | 01.OCTUBRE | | | Loreto |
| | | | | Ucayali |
| 2013 | 01.ABRIL | | | Apurímac |
| | | | | Huancavelica |
| | 01.JULIO | | | Ayacucho |
| | | | | Junín |
| | 01.DICIEMBRE | | | Callao |
| | | | | Lima |
| | | | | Lima Norte |
| | | | | Lima Sur |

**Leyenda:**
Columna 1: Para todos los delitos: indica los distritos judiciales donde ya se encuentra vigente el NCPP, para todos los delitos (incluye delitos cometidos por funcionarios públicos).
Columna 2: Para delitos de corrupción: indica los distritos judiciales donde se encuentra vigente el NCPP, sólo para los delitos para Corrupción de funcionario.
Columna 3: Por implementar para todos los delitos: indica los distritos donde se implementará el NCPP, para todos los delitos (incluye delitos cometidos por funcionarios públicos).

## 4. Acciones realizadas por el Poder Judicial para la creación y conformación del Sistema Anticorrupción.

Se han expedido las siguientes Resoluciones Administrativas:

- R.A. Nº 024-2001-CT-PJ, que autoriza al Presidente de la Corte Superior de Lima a crear 6 Juzgados y Sala Penal Anticorrupción.
- R.A. Nº 111-2003-CE-PJ, que establece normas a observar por Jueces Anticorrupción en la tramitación de causas y en su desempeño funcional (motivación, celeridad, concentración, etc.).
- R.A. Nº 024-2004-CE-PJ, que crea la Sala Superior Anticorrupción "C"
- R.A. Nº 154-2004-CE-PJ, que faculta al Presidente de la Corte Superior de Lima a crear cuatro Juzgados Anticorrupción adicionales, además amplia la competencia de Jueces Anticorrupción.
- R.A. Nº 041-2005-CE-PJ, que dispone el funcionamiento de dos Juzgados Anticorrupción y tres nuevas Salas Superiores.

Plan Estratégico de Tecnologías de Información del Poder Judicial 2012 – 2016 (Anexo 2)

## 5. Actividad y Sanciones impuestas por la Oficina de Control de la Magistratura

**5.1** En cuanto al panel 7 numeral 5 "Sistema para la declaración de Ingresos y activos y pasivos, contenidos en la información presentada en las páginas 67 a 71 y 107, relacionado a las actividades de la Oficina de Control de la Magistratura, respecto a la verificación de las Declaraciones Juradas, debemos precisar lo siguiente:

La sub unidad de investigación patrimonial y financiera, es la oficina encargada de Capacitar y orientar al magistrado sobre las Declaraciones Juradas, desde su elaboración hasta su presentación, (cabe resaltar que el magistrado es el único responsable del contenido.

Diariamente verifica el llenado todas las declaraciones juradas en línea y si existiera alguna observación se le indica en línea para que el magistrado subsane a la brevedad posible; disminuyendo las posibles omisiones o errores. Se le recomienda que todo lo que declare debe estar debidamente sustentado.

Recepciona las Declaraciones Juradas presentadas en Mesa de partes de OCMA y las remite a las entidades correspondientes.

Analiza las Declaraciones Juradas auditadas; es decir realiza un análisis en lo concerniente a sus Ingresos, egresos y patrimonio, para determinar si existe o no una variación patrimonial justificada

También otorga copias Certificadas de las Declaraciones Juradas a solicitud del magistrado y los requerimientos del CNM entre otras entidades.

La Oficina de Control de la Magistratura realizo en el año 2007, el sistema informático de declaraciones juradas (DJ), con lo cual se ha logrado tener mayor eficiencia en la presentación de las DJ (ya que se logro eliminar que la CGR devuelva DJ observadas, debido a omisiones o mal llenado de la misma por parte de los magistrados)

También se ha logrado ingresar al sistema todas las Declaraciones Juradas que obran en los legajos de cada magistrado.

En el año 2008 se realizó una capacitación a los magistrados en las diferentes Cortes del País, sobre la importancia de la declaración jurada de ingresos bienes y rentas y el respectivo llenado en el sistema informático, se les facilito una guía de usuario del sistema informático de declaraciones juradas

En los últimos años se ha logrado el convenio con SUNARP y RENIEC para consultas y verificación de datos declarados por los magistrados del Poder Judicial.

El personal de la Sub-unidad encargado, es reservado y de confianza. Además ha recibido capacitación de SUNAT y de la CGR.

**5.1.1** Proyecto:

La Sub-unidad de Investigación Patrimonial y Financiera tiene como proyecto elaborar un folleto y una guía de usuario más amigable para los magistrados, donde se les informa sobre la importancia, elaboración (contenido) y presentación de la declaración jurada.

También se ha proyectando realizar teleconferencia con las Cortes del País para informar, orientar, capacitar, a los magistrados sobre las declaraciones juradas y la implementación de las nuevas resoluciones dictadas sobre el tema.

Por otro lado se está realizando un prospecto de convenio con MIGRACIONES, posteriormente se desea contar con el apoyo de SUNAT y la SBS.

Asimismo se continuará con Capacitaciones en temas relacionados a desbalance patrimonial o variación Patrimonial y temas a fines.

**5.1.2** Dificultades

El inconveniente que se tiene es en no contar con una fuente donde se pueda acceder a los Bienes Inmuebles o Muebles que se encuentren en el Extranjero.

Las cuentas Bancarias libres en el extranjero.

Capacidad de Archivo físico de las Declaraciones Juradas de Ingresos Bienes y Rentas de Magistrados del Poder Judicial.

**5.1.3** Personal

El Personal que se dedica a la Verificación en el Sistema Informático de Declaraciones Juradas a nivel nacional entre otras funciones son los siguientes:

- Abogada María del Pilar Noriega Muñoz – Responsable (e) / Abogada: Elisa Noain Moreno – Responsable (Licencia)
- Administradora Ruth del Rosario Ramírez Arcaya
- Señora Jacqueline Ludeña Gonzales
- Señor Ronald Rodríguez Rojas

Asimismo, cabe precisarse que todo el personal con que cuenta la S*ub Unidad de Investigación Patrimonial y Financiera es como sigue:*

Total de personal de la sub-unidad:

- Abogada María del Pilar Noriega Muñoz –Responsable (e) / Abogada: Elisa Noain Moreno – Responsable (Licencia)
- Administradora Ruth del Rosario Ramírez Arcaya – Secretaria III
- Señora. Jacqueline Ludeña Gonzales – Asistente Administrativo I
- Señor. Ronald Rodríguez Rojas – Auxiliar Administrativo
- Señora. Julita Elisa Poccori Farfán

Personal Análisis de Declaraciones Juradas Sobre Incremento Patrimonial y Financiero no Justificado/ verificación de expediente de investigación

- Abogada María del Pilar Noriega Muñoz –Responsable (e) / Abogada: Elisa Noain Moreno – Responsable (Licencia)
- Administradora Ruth del Rosario Ramírez Arcaya
- Señor. Ronald Rodríguez Rojas
- Señora. Julita Elisa Poccori Farfán

**5.2** En cuanto al panel 6 numeral 2:" asimismo, presentar y aclara un poco más la información contenida en las paginas 199ª 207 de la respuesta del Perú, especialmente el cuadro sobre sanciones disciplinarias impuestas por las unidades de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) presentada en la pagina 2006.

Se cumple con precisar que el cuadro de Sanciones Disciplinarias impuestas desde el año 2006 al primer trimestre del 2012, entre Magistrados y Auxiliares es como sigue (se anexa hojas en formato Excel)

**5.3** Mecanismos de coordinación interinstitucional (Contraloría General de la República, Ministerio Público, entre otros).

Complementar la información de las páginas 124-128 de la respuesta del Perú, con el fin de contar con más información sobre los mecanismos de coordinación interinstitucional existentes, tales como la Red Interinstitucional de Comunicación e Información mencionada en la página 127 de la respuesta.

**Cuadro Resumen de Sanciones**
**2006-2012**

| Concepto | 2006 | | 2007 | | 2008 | | 2009 | | 2010 | | 2011 | | 2012 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | M | A | M | A | M | A | M | A | M | A | M | A | M | A |
| Apercibimiento | 401 | 276 | 474 | 443 | 489 | 521 | 537 | 559 | 387 | 314 | 268 | 256 | 129 | 170 |
| Multa | 126 | 92 | 85 | 67 | 219 | 130 | 269 | 195 | 247 | 100 | 195 | 102 | 115 | 74 |
| Suspensión | 50 | 55 | 34 | 27 | 53 | 39 | 58 | 38 | 56 | 40 | 20 | 38 | 9 | 53 |
| Propuesta Suspensión | 52 | 30 | 52 | 21 | 51 | 24 | 35 | 32 | 120 | 28 | 130 | 19 | 138 | 25 |
| Propuesta Separación | 6 | 1 | 3 | 0 | 3 | 2 | 0 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Propuesta Destitución - Jefatura | 59 | 115 | 42 | 93 | 61 | 103 | 75 | 92 | 22 | 69 | 32 | 54 | 27 | 45 |
| Propuesta Multa | 89 | 33 | 53 | 16 | 61 | 28 | 43 | 31 | 185 | 28 | 135 | 31 | 61 | 17 |
| Propuesta Apercibimiento | 152 | 119 | 80 | 69 | 67 | 167 | 47 | 73 | 137 | 104 | 166 | 132 | 106 | 77 |
| Propuesta Destitución - Unidades | | | 76 | 32 | 70 | 40 | 33 | 50 | 62 | 54 | 60 | 31 | 16 | 17 |
| Propuesta Suspensión - Jefatura | | | | | | | | | 9 | 0 | | | | |
| **Total** | **935** | **721** | **899** | **768** | **1074** | **1054** | **1097** | **1072** | **1225** | **737** | **1006** | **663** | **601** | **478** |

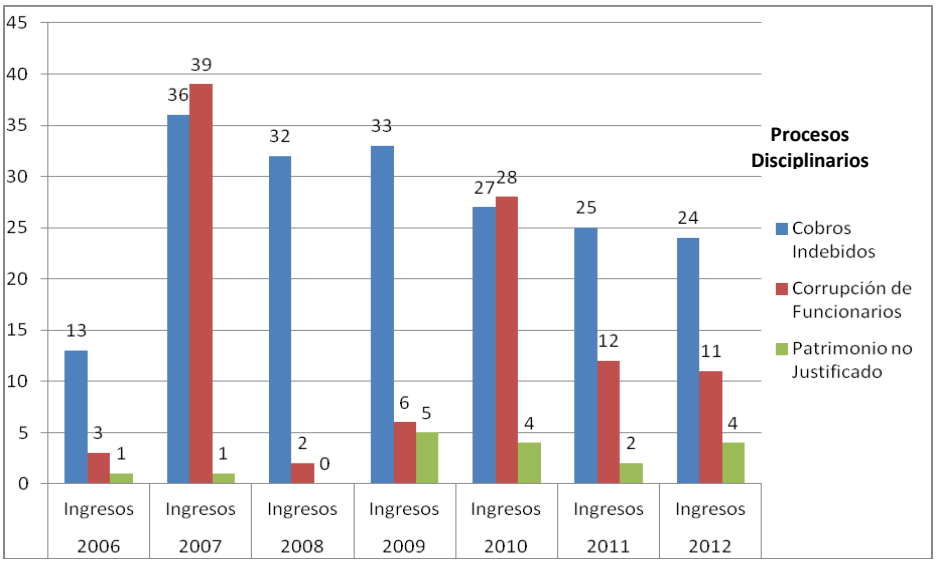
## Sanciones Año 2012

| Concepto | Magistrados | Auxiliares | TOTAL |
|---|---|---|---|
| Apercibimiento | 129 | 170 | 299 |
| Multa | 115 | 74 | 189 |
| Suspensión | 9 | 53 | 62 |
| Propuesta Suspensión | 138 | 25 | 163 |
| Propuesta Destitución - Jefatura | 27 | 45 | 72 |
| Propuesta Destitución - Unidades | 16 | 17 | 33 |
| Propuesta Multa | 61 | 17 | 78 |
| Propuesta Apercibimiento | 106 | 77 | 183 |
| **Total** | **601** | **478** | **1079** |




## Procesos disciplinarios en OCMA tramitados por Corrupción de Funcionarios Años 2006 – 2012

| Concepto | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Cobros Indebidos | 13 | 36 | 32 | 33 | 27 | 25 | 24 |
| Corrupción de Funcionarios | 3 | 39 | 2 | 6 | 28 | 12 | 11 |
| Patrimonio no Justificado | 1 | 1 | 0 | 5 | 4 | 2 | 4 |
| **Total** | **17** | **76** | **34** | **44** | **59** | **39** | **39** |

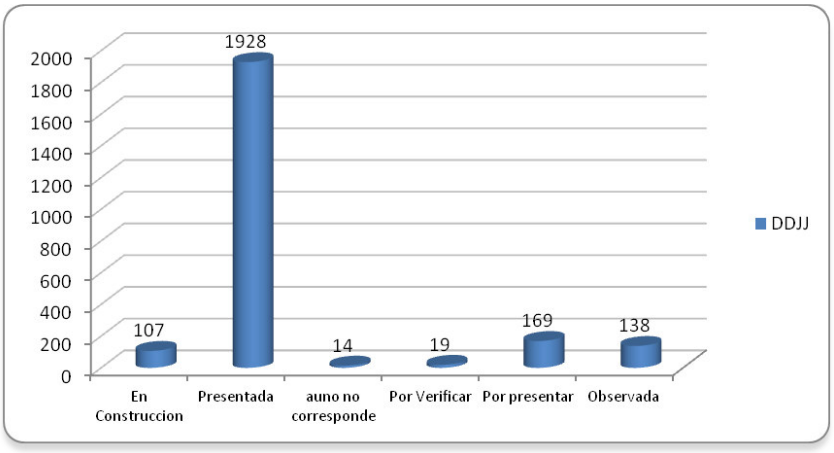


## Total de Sanciones a Junio - 2012

| Concepto | Ene | Feb | Mar | Abr | May | Jun | Jul | Ago | Set | Oct | Nov | Dic | Total |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Apercibimiento | 40 | 0 | 69 | 63 | 70 | 57 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 299 |
| Multa | 38 | 0 | 33 | 20 | 66 | 32 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 189 |
| Suspensión | 25 | 0 | 10 | 3 | 12 | 12 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 62 |
| Propuesta Suspensión | 21 | 0 | 29 | 19 | 48 | 46 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 163 |
| Propuesta Destitución - Jefatura | 15 | 0 | 12 | 11 | 23 | 11 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 72 |
| Propuesta Destitución - Unidades | 7 | 0 | 3 | 9 | 4 | 10 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 33 |
| Propuesta Multa | 8 | 2 | 22 | 14 | 14 | 18 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 78 |
| Propuesta Apercibimiento | 47 | 4 | 51 | 11 | 43 | 27 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 183 |

## Reporte de Declaraciones Juradas
## Al 26 de Setiembre de 2012

| Concepto | DDJJ |
|---|---|
| En Construcción | 107 |
| Presentada | 1928 |
| aun no corresponde | 14 |
| Por Verificar | 19 |
| Por presentar | 169 |
| Observada | 138 |
| **TOTAL** | **2375** |




### 6. Mecanismos de coordinación interinstitucional entre el Poder Judicial, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público

En atención a que el fenómeno de la corrupción, en cualquiera de sus manifestaciones, es el factor que más afecta la credibilidad de las diferentes entidades estatales y la de quienes las integran, el Poder Judicial del Perú viene ejecutando una serie de acciones en varios planos que comprenden la prevención, detección, procesamiento y en particular la sanción de actos ilícitos de corrupción.

En ese sentido, se han realizado no solo actividades al interior del Poder Judicial, sino también tareas que implican un trabajo coordinado con otras instituciones del Estado. Respecto a ello, la actual gestión presidencial ha llevado a cabo las siguientes acciones:

**6.1.** En el año 2010, específicamente el 2 de julio, se suscribió el **"Pacto de Nación Contra la Corrupción"** entre los integrantes de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción con las instituciones que conforman del Acuerdo Nacional, el cual se encuentra integrado por los principales representantes de las organizaciones políticas y de la sociedad civil del país. Participaron además en dicha actividad, representantes de la Comisión Especial Multipartidaria encargada del control, seguimiento y evaluación del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción del Congreso de la República, Organismos Internacionales acreditados en el Perú, Consejo Consultivo de la Presidencia del Poder Judicial y Líderes de Opinión.

En dicho Pacto, asumimos un compromiso de lucha contra los actos de corrupción, dar cumplimiento a la Ley de Transparencia, promoción de valores, así como prevenir, denunciar, investigar, juzgar y sancionar los actos de corrupción de acuerdo a las competencias de las entidades. Asimismo, ejecutar actividades a fin de dar cumplimiento a las cinco estrategias prioritarias del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción, elaborar planes anticorrupción y continuar los esfuerzos para el establecimiento de un Centro de Monitoreo de avances de las acciones anticorrupción.

**6.2.** En el año 2011, con fecha 27 de mayo, el Poder Judicial, Ministerio Público y Contraloría General de la República, suscribieron la "Declaración contra la Corrupción", la cual constituyó una alianza de tres de las instituciones más representativas del sistema de control de la legalidad y corrección del gasto público y del sistema de justicia en nuestro país. Las partes suscribieron dicha Declaración conscientes de que el desarrollo del país, y por ende, el bienestar de la sociedad requieren una acción conjunta que reduzca los actos de corrupción. Para ello, las partes se comprometieron a ejercer una acción firme y coordinada en la lucha contra la corrupción, potenciando el accionar funcional que las vincula en los procedimientos que coadyuven a la prevención, detección, investigación, juzgamiento y sanción de los actos de corrupción, ya existentes o que puedan presentarse. Ello con el objetivo de contribuir a la erradicación de la corrupción, logrando así un resultado efectivo que genere y recupere la confianza de la ciudadanía en la institucionalidad del Estado, propiciando de esta manera una sociedad más justa en la que se respeten los valores morales y éticos; y en la cual prime la transparencia y eficiencia en la gestión pública como medios para alcanzar el desarrollo de nuestra sociedad y el bienestar de todos los peruanos.

**6.3.** Con fecha 02 de noviembre de 2011 el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República suscribieron el Convenio Marco Tripartito de Cooperación Interinstitucional, con el objeto de consolidar el proceso de alineamiento de las políticas públicas referidas a la prevención, investigación y sanción de la corrupción de funcionarios promoviendo una acción interinstitucional debidamente articulada

**6.4.** Con fecha 17 de julio de 2012, se suscribió el **"Convenio Específico Tripartito de Cooperación Interinstitucional entre el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República".** El objeto del presente Convenio consiste en establecer un marco de mutua cooperación entre las instituciones, para que, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, y tomando como premisa el respeto de la autonomía en el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le corresponden a cada una

de estas instituciones, busquen promover y desarrollar una acción interinstitucional articulada que permita afianzar el proceso de armonización de políticas públicas referidas a la prevención, investigación y sanción de actos de corrupción.

En ese contexto, se estableció como acciones concretas de cada institución lo siguiente:

**Por el Poder Judicial:**
- Constituir un sistema específico de competencia penal para delitos de corrupción de funcionarios, graves, complejos y de repercusión nacional

**Por la Contraloría General de la República:**
- Constituir un Equipo de Auditoría Forense y,
- Establecer Protocolos de Actuación Conjunta con el Ministerio Público.

**Por el Ministerio Público**
- Designación de fiscales especializados en delitos de corrupción de funcionarios, graves, complejos y de repercusión nacional, y,
- Establecer Protocolos de Actuación Conjunta con la Contraloría

En esa línea, el Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 136-2012-CE-PJ de 9 de julio de 2012, dispuso con el objeto de establecer medidas más efectivas para un adecuado procesamiento y juzgamiento de los delitos por corrupción de funcionarios fortalecer las capacidades de los órganos especializados y administrativos, así como instituir un sistema específico de competencia penal en los casos de delitos especialmente graves y particularmente complejos o masivos, y siempre que tengan repercusión nacional, que sus efectos superen el ámbito de un Distrito Judicial específicamente vinculado para delitos de corrupción de funcionarios.

Ello, en estricta atención a la exigencia de los compromisos internacionales suscritos por el Perú, entre ellos, la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, por el cual el Estado Peruano tiene el deber de evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para una eficaz lucha contra la corrupción.

En esa línea el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dentro del ámbito de sus facultades consideró pertinente delimitar la competencia de la Sala Penal Nacional (Anexo 3), a fin de incorporar los delitos de corrupción de funcionarios en su fórmula agravada tales como:




Para tal efecto, se dispuso al interior de la Sala Penal Nacional, la creación de un Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional, un Colegiado de Juzgamiento Nacional y una Sala de Apelaciones, órganos jurisdiccionales bajo el nuevo Código Procesal Penal en la medida que el nuevo ordenamiento procesal se encuentra vigente ya a nivel nacional para este tipo de delitos. Se adjunta a la presente la Resolución Administrativa N° 136-2012-CE-PJ.

**Órganos Jurisdiccionales del Nuevo CPP en la Sala Penal Nacional**




## 7. Régimen Presupuestal.

El Poder Judicial plantea una contienda de competencia contra el Poder Ejecutivo, ante el Tribunal Constitucional, con la finalidad de presentar y sustentar su Proyecto de Presupuesto sin sujetarse a las asignaciones presupuestarias establecidas por el Ministerio de Economía y Finanzas.

El Tribunal Constitucional falla a favor del Poder Judicial, pero señala que es necesario que se expida una norma, que es la Ley N° 28821 Ley de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial para la programación y formulación del Presupuesto Institucional del Poder Judicial de fecha 21 de julio de 2006.

Esta norma establece que se forme un Comité de Coordinación integrado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas, el Ministro de Justicia, el Presidente del Poder Judicial y dos Vocales Supremos.

Dicho Comité debe instalarse a solicitud del PCM, sin embargo en la práctica se ha instalado a insistencia del Poder Judicial, con el fin de consensuar los recursos necesarios y suficientes para este Poder Judicial hasta el 15 de junio, que tampoco se cumple en la práctica, por cuanto se consensua mucho después de la fecha establecida, para su posterior remisión a PCM hasta el 31 de julio.

El referido consenso se llevó a cabo para el Presupuesto del 2010 y el 2012.

En la práctica sin embargo, seguimos sujetos a las restricciones presupuestarias establecidas por el Ministerio de Economía y Finanzas, por cuanto la cifra consensuada está supeditada a la disponibilidad de caja de dicho portafolio.

La propuesta sería dejar sin efecto la Ley de Coordinación y solicitar una modificación constitucional para establecer en la Carta Magna un porcentaje del Presupuesto General de la República, como asignación presupuestaria a favor del Poder Judicial (4% CERIAJUS).
Finalmente, como consecuencia de la Ley de Coordinación, en la Exposición de Motivos de la Ley de Presupuesto, se ha establecido un capítulo para el Presupuesto del Poder Judicial, en el cual se señala la cifra consensuada (de haber consenso) o la cifra del MEF y la del PJ.

Cuadro:

**Presupuesto**
**Oficina de Control de la Magistratura**

**Oficina de Control de la Magistratura** → **Presupuesto**

| Año | Presupuesto |
|---|---|
| 2006 | 8,635,569 |
| 2007 | 9,833,073 |
| 2008 | 10,040,406 |
| 2009 | 10,728,916 |
| 2010 | 11,209,791 |
| 2011 | 12,596,847 |
| 2012 | 14,413,604 |
| 2013 | 8,635,569 |

Nota: 2007 - 2011 Presupuesto Ejecutado.
2012 Presupuesto Asignado.
2013 se solicitó S/.6 944 086 para fortalecer OCMA y S/.2 455 569 para Jueces Contralores.
Sólo fueron aprobados S/. 1 400 000 para Jueces Contralores a partir de Julio 2013.

**Presupuesto**
**Institucional Modificado Poder Judicial**

**Poder Judicial** → **Presupuesto Modificado**

| Año | Monto S/. |
|---|---|
| 2007 | 951,015,434 |
| 2008 | 1,020,108,814 |
| 2009 | 1,126,901,677 |
| 2010 | 1,314,223,053 |
| 2011 | 1,341,657,957 |
| 2012 | 1,575,056,118 |

## 8. Asistencia y cooperación (seguimiento de las recomendaciones de la Primera Ronda)

| Delito Contra la Administración Pública | | | |
|---|---|---|---|
| **Centro de Investigaciones Judiciales** | | | |
| **Año** | **Actividad de Capacitación** | **Fecha** | **Público Objetivo** |
| 2008 | Mesa Redonda Extradición y Asistencia Judicial Internacional en el marco de Sistema Judicial Estadounidense | 30 de junio | Jueces y Funcionarios del Poder Judicial |
| 2010 | Programa de Especialización en Gestión Pública y Sistemas Anticorrupción. | Del 08 de noviembre de 2010 al 15 de abril de 2011 | Jueces |
| 2011 | Combatiendo la Corrupción - Experiencias internacionales (Chiclayo). | 03 de mayo | Jueces y Servidores |
| | Segunda Diplomatura de Especialización en Gestión Pública y Sistemas Anticorrupción | 19 de Setiembre | Jueces |
| | Conferencia "El delito de Colusión: Análisis de las recientes modificatorias". | 11 de noviembre | Jueces y Servidores |
| **Gerencia General** | | | |
| **Año** | **Evento** | **Fecha** | **Publico** |
| 2007 | Prescripción en los Delitos cometidos por los Funcionarios Públicos. | | |
| 2008 | Delitos contra la Administración Pública I | | |
| | Delitos contra la Administración Pública II | | |
| | Delitos contra la Administración Pública | | |
| **Cooperación Internacional** | | | |
| **Año** | **Actividad de Capacitación** | **Fecha** | **Público Objetivo** |
| 2007 | Seminario Internacional: Técnicas de Investigación de la Corrupción en la Administración de Justicia. | | |
| **Plenos Jurisdiccionales** | | | |
| **Año** | **Pleno Jurisdiccional** | **Fecha** | **Tema** |
| 2007 | Pleno Jurisdiccional Distrital Penal Cajamarca | 9 y 23 de noviembre | Delitos cometidos por funcionario Público |
| 2008 | Pleno Jurisdiccional Distrital Penal Huancavelica | 23 de octubre | Omisión, Rehusamiento o Demora de Actos Funcionales. |
| | Pleno Jurisdiccional Regional Penal Lima | 11 de abril | Prescripción en los delitos cometidos por Funcionarios o Servidores Públicos |
| | Pleno Jurisdiccional Nacional Penal Lima | 21 de junio | Enriquecimiento Ilícito |
| 2009 | Pleno Jurisdiccional Distrital Penal Ica | 29 de mayo | Prescripción de la Acción Penal en caso de Funcionarios Públicos |
| 2010 | Pleno Jurisdiccional Distrital Penal Apurímac | 20 de noviembre | Abuso de Autoridad |
| | Pleno Supremo Penal | 16 de noviembre | Plazo de Prescripción |
| 2011 | Pleno Jurisdiccional Distrital Penal Lima | 20 de diciembre | Colusión Desleal |

# LECTURA Nº 09

http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/36B4660C6B0A80A9052578C700794431/$FILE/Jurisprudencia_nacional.pdf

# Jurisprudencia nacional

## I. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

### Sentencias referentes a la lucha contra la corrupción como valor o interés constitucionalmente protegido

1. **Caso de la inconstitucionalidad de la Ley Wolfenson:**
   Sentencia del Tribunal Constitucional 00019-2005-AI/TC

2. **Caso Mincetur vs. Poder Judicial:**
   Sentencia del Tribunal Constitucional 0006-2006-CC/TC. Aclaración II

3. **Caso de la Ley de creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI) y otros:**
   Sentencia del Tribunal Constitucional 0009-2007-PI/TC, 0010-2007-PI/TC (Acumulados).

4. **Caso José Enrique Crousillat López Torres:**
   Sentencia del Tribunal Constitucional 1271-2008-PHC/TC.

5. **Caso de la entrega de declaraciones juradas por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones:**
   Sentencia del Tribunal Constitucional 04407-2007-PHD/TC.

### Sentencias destacadas en materia de delitos contra la administración pública y lavado de activos

1. **Caso Bedoya de Vivanco:**
   Principio de legalidad penal: interpretación de la ley penal, prohibición de analogía, concepto de funcionario público (funcionario de facto). Delito de Peculado: consumación del delito de peculado.
   Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 2004. Expediente N° 2758-2004-HC/TC.

2. **Caso Chacón:**
   Delito de enriquecimiento ilícito: plazo razonable.
   Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 2009. Expediente N° 3509-2009-HC/TC.

3. **Caso Quimper Herrera:**
   *Prueba prohibida: interceptación y grabación de las comunicaciones privadas, prohibición de difusión de información ilícitamente obtenida. Expediente N° 0655-2010-HC/TC.*
   > Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2010.
   > Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2010 (Aclaración).

4. **Caso familia Sánchez Paredes:**
   Delito de lavado de activos: plazo razonable.
   Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010. Exp. N° 3987-2010-HC/TC.

5. **Caso indulto Crousillat:**
   Indulto: límites, cosa juzgada, error en indulto.
   Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 2011. Exp. N° 3660-2010-HC/TC.

## II. Jurisprudencia del sistema judicial

### Plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios en materia de delitos contra la administración pública y lavado de activos

1. Autoría y participación en delitos especiales: graduación de la punibilidad de los intraneus y extraneus, accesoriedad limitada, prohibición de coautoría entre intraneus y extraneus, autoría mediata de intraneus.
   Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004 (Tema 5).

2. Delito de peculado: bien jurídico protegido, elementos objetivos del tipo de peculado, peculado por apropiación y peculado por utilización, apropiarse para sí o apropiarse para otro, peculado culposo.
   Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de 30 de setiembre de 2005.

3. Acuerdo Plenario N° 2-2007-CJ/116 de 16 de noviembre de 2007
   Valor probatorio de la pericia no ratificada.

4. Delitos cometidos por funcionarios públicos: prescripción.
   Pleno Jurisdiccional Regional Penal de las Cortes Superiores de Justicia de Lima, Lima Norte, Callao, Ica, Cañete y Huaura de 11 de abril de 2008 (Tema 1).

5. Enriquecimiento ilícito: relación causal entre enriquecimiento y posición funcional del funcionario público, carga de la prueba.
   Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Cortes Superiores de Justicia de 21 de junio de 2008 (Tema II).

6. Naturaleza permanente o instantánea del ilícito de rehusamiento de entrega de bienes.
   Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura de 15 de julio de 2008 (Tema 1).

7. Complicidad del extraneus en el delito de peculado.
   1° Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica de 23 de octubre de 2008 (Tema IV).

8. Delito de lavado de activos: bien jurídico protegido, consumación, tipicidad subjetiva, valor de los bienes objetos del delito, determinación de la pena, delito fuente, análisis probatorio.
   Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010.

**Ejecutorias Supremas vinculantes en materia de delitos contra la administración pública**

1. Cohecho pasivo y cohecho activo: conductas típicas.
   Recurso de nulidad N° 1091-2004.

2. Distinción entre los delitos de rehusamiento de entrega de bienes a la autoridad y delito de peculado por extensión.
   Recurso de nulidad N° 2212-2004.

3. Peculado culposo: tipicidad objetiva y subjetiva.
   Recurso de nulidad N° 4500-2005.

**Ejecutorias Supremas en materia de delitos contra la administración pública**

- **Delito de colusión desleal**

1. **Caso Bejar Urruchi**
   Recurso de nulidad N° 4667-2001 de 06 de agosto de 2003
   Conducta típica.

2. **Caso Ponce Cucchi**
   Recurso de nulidad N° 310-2003 de 05 de abril de 2004
   Conducta típica: omisiones o deficiencias administrativas, acuerdo subrepticio, perjuicio patrimonial.

3. **Caso Choque Flores**
   Recurso de nulidad N° 1480-2003 de 22 de julio de 2004
   Conducta típica: el engaño, perjuicio patrimonial potencial o real.

4. **Caso Cabrera Tandazo**
   Recurso de nulidad N° 350-2005 de 20 de julio de 2005
   Conducta típica: concertación, mecanismos fraudulentos, peligro potencial al patrimonio.

- **Delito de enriquecimiento ilícito**

1. **Caso Rodríguez Huerta y otros**
   Recurso de nulidad N° 2976-2004 de 30 de diciembre de 2004 >> parte1 / parte2
   Conducta típica. Consumación. Complicidad.
2. **Caso Villanueva Ruesta y otros**
   Recurso de nulidad N° 847-2006 de 19 de octubre de 2006 >> parte1 / parte2 / parte3 / parte4 / parte5
   Bien jurídico. Conducta típica.

**Resoluciones judiciales destacadas en materia de delitos contra la administración pública**

1. **Caso Montesinos Torres, Bedoya de Vivanco y otros:**
   > Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 010-2001 de 29 de mayo de 2003.
   Funcionario público de facto. Participación del extraneus. Delito de Peculado: conducta típica.
   *Fuente: BARANDIARAN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción. Corrupción gubernamental. Tomo II. Palestra. Lima. 2006. Pág. 691-704.*

2. **Caso Montesinos Torres/Kouri Bumachar:**
   > Sentencia de la Sala Penal Especial "B" de la Corte Superior Justicia de Lima recaída en el expediente N° 017-2001 de 09 de julio de 2003 >> parte1 / parte2
   Delito de tráfico de influencias: conducta típica, la influencia. Inducción. Delito de asociación ilícita para delinquir: elementos típicos.
   *Fuente: BARANDIARAN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción. Corrupción gubernamental. Tomo II. Palestra. Lima. 2006. Pág. 991-1011.*

3. **Caso Mobotek:**
   > Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° 20-2003-A.V. de 18 de octubre de 2005.
   Delito de colusión ilegal. Delito de malversación de fondos. Delito de asociación ilícita para delinquir. Delito de abuso de autoridad genérico. Delito de incumplimiento de deberes funcionales. Omisión de denuncia: delitos omisivos propios. Prescripción de la acción penal.
4. **Caso Montesinos Torres, López Meneses y otros:**
   > Sentencia de la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima N° 045-2001 de 15 de noviembre de 2005 >> parte1 / parte2 / parte3 / parte4 / parte5 / parte 6
   Delito de peculado: objeto sobre el que recae la acción, funcionario público de facto, principio de la primacía de la realidad, consumación, participación del extraneus, complicidad. Delito de encubrimiento real.
   *Fuente: BARANDIARAN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción. Corrupción gubernamental. Tomo II. Palestra. Lima. 2006. Pág. 712-779.*

5. **Caso Crousillat:**
   > Delito de peculado: bien jurídico, elementos objetivos del tipo, tipicidad subjetiva, autoría y participación, complicidad primaria, consumación, consecuencias accesorias, tercero civilmente responsable.
   Sentencia de la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 011-2001 de 08 de agosto de 2006.

6. **Caso congresistas tránsfugas:**
   > Delito de cohecho pasivo. Delito de receptación: conductas neutrales, presunción del origen ilícito, prueba indiciaria, prueba prohibida.
   Recurso de nulidad N° 05-02-2008 de 04 de mayo de 2007 emitido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.
7. **Caso juez Palacios Villar:**
   > Delito de tráfico de influencias: elementos típicos.
   Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° AV-06-2006 de 21 de mayo de 2007.
8. **Caso CTS Montesinos:**
   > Delito de peculado: bien jurídico protegido, elementos típicos, consumación, antijuridicidad, lesividad, arrepentimiento. Delito de falsedad ideológica.
   Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° AV-23-2001 de 20 de julio de 2009.
9. **Caso compra de medios de comunicación y congresistas tránsfugas – Fujimori:**
   > Conformidad procesal. Delito de peculado: bien jurídico protegido, elementos típicos, consumación. Delito de cohecho activo genérico: bien jurídico protegido, conducta típica. Delito de interferencia o escucha telefónica.
   Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° AV-33-2003 de 30 de setiembre de 2009.
10. **Caso ex congresista Elsa Canchaya:**
    > Delito de nombramiento ilegal: conducta típica, principio de confianza, dominio del hecho.
    Sentencia del Juzgado Penal de la Corte Suprema recaída en el expediente N° 07-2007 de 07 de octubre de 2009.
11. **Caso Cuerpo General de Bomberos Voluntarios:**
    > Delito de colusión: concepto de funcionario público, conducta típica, perjuicio.
    Sentencia de la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente Nº 032-2006 el 07 de enero de 2010.
12. **Caso familia Chacón:**
    > Inmunidad parlamentaria. Delito de enriquecimiento ilícito: conducta típica, la ilicitud, subsidiariedad, delito permanente, consumación, participación del extraneus.
    Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente Nº 004-2001 de 09 de febrero de 2010.
    > Delito de enriquecimiento ilícito. Plazo Razonable.
    Resolución que excluye del proceso penal a Walter Chacón.
13. **Caso diarios amarillos o chicha – Oliveri Agurto:**
    > Delito de peculado: conducta típica; consumación; participación del extraneus; complicidad.
    Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente Nº 030-2001-SPE/CSJL. Proceso reservado el 20 de abril de 2010.
14. **Caso ex congresista Anaya Oropeza:**
    > Delito de Peculado: bien jurídico, elementos típicos, consumación. Delito de falsa declaración en proceso administrativo: elemento objetivo “procedimiento de carácter contencioso”. Delito de falsedad de documentos: elementos típicos. concurso real de delitos.
    Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° 008-2008 de 11 de febrero de 2011.
15. **Caso Jave – Montesinos:**
    > Sentencia de la Primera Sala Penal Especial Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 084-2008 de 07 de diciembre de 2010.
    Delito de enriquecimiento ilícito: conducta típica; subsidiariedad; delito permanente. Carga de la prueba. Participación del extraneus. Complicidad.
16. **Caso familia Delgado- Medina:**
    > Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 098-2001 de 20 de diciembre de 2010.
    Estado de Derecho. Corrupción. Delito de enriquecimiento ilícito: conducta típica; subsidiariedad; la ilicitud; delito permanente; imputación subjetiva. Carga de la prueba. Participación del extraneus. Complicidad.
17. **Caso Familia Cano:**
    > Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 099-2009 de 25 de enero de 2011.
    Irretroactividad de la ley penal desfavorable. Delito de enriquecimiento ilícito: bien jurídico; conducta típica; subsidiariedad; consumación; delito continuado. Carga de la prueba. Participación del extraneus. Complicidad.

18. **Caso Sotero Navarro:**
    > Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 085-2008 de 11 de enero de 2011.
    Delito de enriquecimiento ilícito: subsidiariedad; conducta típica, consumación; delito permanente. Carga de la prueba. Participación del extraneus. Complicidad.
19. **Caso Indacochea / Cubas Portal:**
    > Sentencia de la Primea Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 13-2007 de 02 de febrero de 2011.
    Delito de enriquecimiento ilícito: subsidiariedad; delito permanente; conducta típica. Complicidad.
20. **Caso Consejo Nacional de Camélidos Sudamericanos (CONACS):**
    > Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 095-2007 de 04 de marzo de 2011.
    La conformidad. Terminación anticipada. Delito de peculado: conducta típica; modalidad culposa. Delito de Falsedad ideológica. Prescripción de la acción penal.
21. **Caso de peculado en la Posta Médica de la Policía Nacional de Monterrico:**
    > Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 103-2008 de 11 de mayo de 2011.
    La conformidad: conclusión anticipada, principio de oportunidad. Delito de peculado: comportamiento típico. Coautoría.

## Otras resoluciones judiciales, fiscales o administrativas

1. Debido proceso: contenido esencial. Arresto domiciliario. Autonomía judicial.
   Resolución de la Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente N° 29685-2010-0 de 25 de febrero de 2011, que declara infundado el hábeas corpus formulado por Alberto Quimper Herrera.
2. Recusación. Tutela jurisdiccional efectiva: derecho a un juez independiente e imparcial.
   Resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente R.N – AV. N° 33-2003-09 (INCIDENTE DE RECUSACIÓN) de 25 de mayo de 2011, que declara “no haber nulidad” en la resolución que rechazó de plano la recusación interpuesta contra los magistrados que condenaron a Alberto Fujimori Fujimori por el caso “medios de comunicación, congresistas tránsfugas e interceptación telefónica”.

# LECTURA Nº 10

# Compendio jurisprudencial sistematizado

## Prevención de la corrupción y justicia penal

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS

idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

ET LUX IN TENEBRIS LUCET
MCMXVII
PUCP

# Compendio jurisprudencial sistematizado

## Prevención de la corrupción y justicia penal

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

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

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

**Editor**
Erick Guimaray Mori

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

**Corrección de estilo**
Rocío Reátegui

**Diseño y diagramación**
Jorge Kajatt

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

**© Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2014**
Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfonos: (511) 261-5859 / 461-3433
www.idehpucp.pucp.edu.pe

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

# ÍNDICE


**ABREVIATURAS** 9

**PRESENTACIÓN** 11

**ADVERTENCIAS PARA EL LECTOR** 13

**ABUSO DE AUTORIDAD** 15

1. Bien jurídico 15
2. Tipicidad de la conducta 15
3. Sistema concursal 17
4. Valoración de la prueba 18

**ANTEJUICIO Y JUICIO CONSTITUCIONAL** 19

1. Debido proceso en sede parlamentaria 19
2. Diferencias entre el antejuicio y el juicio constitucional 20
3. Antejuicio político e independencia del Poder Judicial y el Ministerio Público 23
4. Diferencias entre el antejuicio y la indemnidad parlamentaria 24
5. Juicio político, razonabilidad y control jurisdiccional 25
6. Infracción constitucional y su determinación 27
7. Inhabilitación política 29
8. Suspensión de plazo de prescripción de acción penal 31

**AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN** 33

1. Autoría 33
2. Coautoría 39
3. Complicidad 40

**BIEN JURÍDICO GENÉRICO** 45

**COHECHOS** 47

COHECHO PASIVO PROPIO 47

1. Bien jurídico 47
2. Tipicidad de la conducta 47
3. Consumación 51
4. Valoración de la prueba 52

COHECHO PASIVO IMPROPIO 52
1. Bien jurídico 52
2. Tipicidad de la conducta 54
3. Problemas concursales 58
4. Consumación 58
5. Valoración de la prueba 58

COHECHO ACTIVO GENÉRICO 59
1. Bien jurídico 59
2. Tipicidad de la conducta 59
3. Consumación 61
4. Valoración de la prueba 62

**CONCUSIÓN 63**
1. Bien jurídico 63
2. Tipicidad de la conducta 63
3. Consumación 64

**CONFESIÓN SINCERA 67**

**COLUSIÓN DESLEAL 69**
1. Bien jurídico 69
2. Tipicidad de la conducta 70
3. Consumación 81
4. Sistema concursal 81
5. Valoración de la prueba 82

**DETERMINACIÓN DE LA PENA 85**

**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO 87**
1. Bien jurídico 87
2. Tipicidad de la conducta 87
3. Sistema concursal 89
4. Consumación 90
5. Valoración de la prueba 91

**EXACCIÓN ILEGAL - COBRO INDEBIDO 93**
1. Tipicidad de la conducta 93

**INHABILITACIÓN 95**
1. Concepto 95

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

**INTERPRETACIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN 99**

**LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU VALOR CONSTITUCIONAL 101**

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

**MALVERSACIÓN DE FONDOS 105**

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

**NE BIS IN IDEM: SANCIÓN ADMINISTRATIVA 111**

**NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE 113**

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

**OMISIÓN DE ACTOS FUNCIONARIALES 121**

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

**PATROCINIO ILEGAL 123**

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

**PECULADO** **129**

1. Bien jurídico 129
2. Tipicidad de la conducta 130
3. Sistema concursal 144
4. Consumación 144
5. Reparación civil 146
6. Inhabilitación 146
7. Prescripción 147
8. Valoración de la prueba 148

**PRESCRIPCIÓN** **151**

1. Concepto 151
2. Cómputo del plazo de prescripción 151
3. Plazo de prescripción ordinario y extraordinario 152
4. Dúplica del plazo de prescripción 152
5. Plazo de prescripción en caso de extraneus 154
6. Suspensión e interrupción del plazo de prescripción 154

**PRUEBA DOCUMENTAL** **157**

1. Registro de inspecciones laborales 157
2. Documentos videográficos y audiográficos 157

**PRUEBA PERICIAL** **159**

1. Elementos 159
2. Valoración judicial 159
3. Necesidad de debate pericial ante contradicciones 159
4. Informes de la Contraloría de la República 160

**PRUEBA POR INDICIOS** **163**

1. Concepto 163
2. Requisitos 163
3. Clasificación de los indicios 164
4. Uso y valoración 165
5. Prueba por indicios en los procesos penales por delitos contra la Administración pública 167

**PRUEBA PROHIBIDA** **169**

1. Definición 169
2. Búsqueda de la verdad y prueba prohibida 169
3. Prueba prohibida como derecho fundamental 171

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

**PRUEBA TESTIMONIAL 177**

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

**REPARACIÓN CIVIL 179**

**TRÁFICO DE INFLUENCIAS 183**

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

**USURPACIÓN DE FUNCIONES 193**

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

**ÍNDICE TEMÁTICO 195**

# ABREVIATURAS

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

# PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

**Erick Guimaray Mori**
Editor

# ADVERTENCIAS PARA EL LECTOR

El Compendio jurisprudencial sistematizado: prevención de la corrupción y justicia penal está ordenado alfabéticamente, a partir de lemas y sublemas del derecho penal, procesal penal, derecho constitucional y derecho internacional relacionados con la prevención de la corrupción. A efectos del empleo adecuado de esta herramienta, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

**Fuentes:**

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

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

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

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

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

**Extracto jurisprudencial:**

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

**Datos de identificación:**

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

## 1. Bien jurídico

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

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo***

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

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

***Relación con el cargo***

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

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

***Elementos del tipo***

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

## 3. Sistema concursal

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

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

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

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

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

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

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

## 4. Valoración de la prueba

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

## 1. Debido proceso en sede parlamentaria

***Debido proceso***

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

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

***Garantía al proceso previamente establecido***

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

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

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

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

## 2. Diferencias entre el antejuicio y el juicio constitucional

***Coexistencia de dos instituciones distintas: antejuicio y juicio constitucional***

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

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

***Antejuicio***

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

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

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

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

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

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

***Juicio político por infracción constitucional***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 4. Diferencias entre el antejuicio y la indemnidad parlamentaria

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

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

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

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

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

## 5. Juicio político, razonabilidad y control jurisdiccional

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

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

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

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

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

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

## 6. Infracción constitucional y su determinación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 7. Inhabilitación política

***Concepto***

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

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

***Alcances***

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

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

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

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

***Diferencia con inhabilitación judicial***

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

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

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

## 1. Autoría

***Teoría de la infracción del deber***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***Autoría***

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

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

«El artículo 40 de la Constitución Política del Estado, rige únicamente para fines laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos, pues sostener lo contrario sería propiciar la impunidad de los innumerables ilícitos penales que a diario se comenten en el manejo de fondos públicos, a través de las diferentes empresas creadas por el Estado en el ejercicio de su gestión económica». (Exp. 251-98, Ejecutoria Suprema del 3 de agosto de 1998)

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

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

***Concepto de funcionario público***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***Funcionario de facto***

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

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

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

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

***Funcionario electo***

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

## 2. Coautoría

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

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

## 3. Complicidad

***Unidad del título de imputación***

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

Esta posición, sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## COHECHO PASIVO PROPIO

### 1. Bien jurídico

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

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

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

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

### 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo y pasivo***

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

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

***Conducta típica***

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

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

«El cohecho propio castiga a la autoridad o funcionario que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en

el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. Es necesario destacar que el acto no tiene por qué ser necesariamente, constitutivo de delito contra la Administración Pública, basta que sea una actividad delictiva realizada en el ejercicio del cargo». (Exp. 00063-2011, sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria el 15 de junio de 2010)

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

a) Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar un acto en violación de sus obligaciones;

b) Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja para omitir un acto en violación de sus obligaciones y;

c) Aceptar donativos, promesa o cualquier ventaja a consecuencia de haber faltado a sus deberes. Cada supuesto, a su vez, comprende diversas modalidades específicas de comisión delictiva». (Exp. 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 3. Consumación

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

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

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

### 4. Valoración de la prueba

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

## COHECHO PASIVO IMPROPIO

### 1. Bien jurídico

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

1) Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos.

2) Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos, pues sus decisiones deben adoptarse sin interferencias.

3) Tutelar los actos de oficio de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

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

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo***

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

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

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

***Conducta típica***

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

A. Los verbos rectores: "aceptar o recibir"

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

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

B. El medio corruptor: "*donativo*"

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

C. "Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación"

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

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

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

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

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

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

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

***Dolo***

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

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

## 3. Problemas concursales

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

## 4. Consumación

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

## 5. Valoración de la prueba

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

# COHECHO ACTIVO GENÉRICO

## 1. Bien jurídico

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo***

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

***Conducta típica***

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

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

***Ventaja o dádiva***

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

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

***Dolo***

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

## 3. Consumación

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

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

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

## 4. Valoración de la prueba

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

## 1. Bien jurídico

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo***

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

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

***Elementos del tipo***

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

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

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

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

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

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

## 3. Consumación

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

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

***Falta de confesión sincera***

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

## 1. Bien jurídico

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

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

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

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

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

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo***

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

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

***Conducta típica***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***Defraudación***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«Que para que se configure el delito de colusión ilegal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa [En Recurso de Nulidad número mil doscientos noventa y seis gui6n dos mil siete, de fecha doce de diciembre de dos mil siete]». (R. N. 215-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de marzo de 2012)

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

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

***Contexto típico***

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

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

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

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

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

***Infracción de deber***

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

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

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

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

***Dolo***

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

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

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

## 3. Consumación

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

## 4. Sistema concursal

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

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

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

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

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

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

## 5. Valoración de la prueba

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Bien jurídico

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

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Elementos del tipo***

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

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

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

***Incremento patrimonial***

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

***Delito permanente***

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

***Abuso del cargo***

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

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

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

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

***Participación***

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

## 3. Sistema concursal

***Subsidiariedad***

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

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

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

## 4. Consumación

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

## 5. Valoración de la prueba

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

«[…] el delito de Enriquecimiento ilícito bajo los alcances de las Leyes 28355, 29703 y 29758, considera como indicio de comisión, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, regla que incide directamente en el Derecho Probatorio Penal. Sin embargo, la desproporción notoria del incremento del patrimonio del servidor o funcionario público no es prueba acabada o determinante, pues se hacen necesarias pruebas adicionales o concurrentes que corroboren dicho indicio […]». (Exp. 01-2011, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de Lima el 27 de enero de 2012)

***Importancia de la pericia contable***

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

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

***Valoración de la pericia contable***

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

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

## 1. Tipicidad de la conducta

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

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

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

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

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

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

## 1. Concepto

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

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

## 2. Relación con el delito cometido

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

## 3. Inhabilitación de ejercer cargo o función pública

***Pena principal y conjunta***

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

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

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

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

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

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

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

## 4. Ejecución de la inhabilitación

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

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

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

# INTERPRETACIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN

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

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

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

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

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

# LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU VALOR CONSTITUCIONAL

## 1. Interés constitucionalmente protegido

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

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41 de la Constitución que "Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley". E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole: "Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado". El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado social y democrático de derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional». (Exp. 0019-2005-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2005)

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

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

## 2. Mandato constitucional

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

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

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

## 3. Principio constitucional de proscripción de la corrupción

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

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

## 1. Bien jurídico

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

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo: posición y relación funcionarial***

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

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

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

***Elementos del tipo***

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

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

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

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

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

***Aplicación definitiva diferente***

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

***Actos de malversación***

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

***Omisión impropia***

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

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

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

***Perjuicio a la función encomendada***

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

***Estado de necesidad justificante***

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

## 3. Sistema concursal

***Diferencia con el delito de peculado***

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

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

## 4. Consumación

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

## 5. Prescripción

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

## 6. Valoración de la prueba

***Prueba de fin público destinado***

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

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

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

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

# NE BIS IN IDEM: SANCIÓN ADMINISTRATIVA

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

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

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

## 1. Bien jurídico

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

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo: relación funcionarial***

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

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

***Interesarse indebidamente***

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

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

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

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

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

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

***Interesarse de forma directa***

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

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

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

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

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

***Contexto típico***

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

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

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

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

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

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

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

***Intervención del extraneus***

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

***Dolo***

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

***No exigencia de perjucio patrimonial***

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

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

## 3. Sistema concursal

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

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

## 4. Consumación

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

## 5. Prescripción

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

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

## 6. Valoración de la prueba

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

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

## 1. Bien jurídico

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Elementos del tipo***

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

***Retardar***

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

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

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

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

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

## 3. Valoración de la prueba

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

## 1. Bien jurídico

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo***

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

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

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

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

***Conducta típica***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***Dolo***

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

***Supuestos de atipicidad***

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

## 3. Consumación

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

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

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

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

## 1. Bien jurídico

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

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

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

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

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***Sujeto pasivo***

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

***Peculado doloso***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

e) *Caudales y efectos.* Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

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

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

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

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

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

***Peculado culposo***

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

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

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

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

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

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

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

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

***Delito de peculado por extensión***

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

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

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

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

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

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

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

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

***Peculado de uso***

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

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

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

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

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

***Autoría y participación***

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

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

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

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

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

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

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

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

***Supuestos de atipicidad***

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

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

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

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

## 3. Sistema concursal

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

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

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

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

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

## 4. Consumación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. Reparación civil

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

## 6. Inhabilitación

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

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

## 7. Prescripción

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

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

## 8. Valoración de la prueba

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

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

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

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

a) **Identidad de la persona perseguida (**límite subjetivo de la cosa juzgada); es decir, que el sujeto contra quien haya recaído la sanción y el incluido en el segundo proceso, sea el mismo;

b) **Identidad del hecho punible y de fundamento** (límite objetivo de la cosa juzgada); conforme a este segundo requisito, ambos procesos deben estar referidos al mismo suceso histórico y subsumirse en tipos penales de carácter homogéneo, lo cual podrá corroborarse al comparar los fundamentos de hecho de la decisión judicial firme y de la denuncia o acusación de la causa en que se promueve la excepción; y,

c) **Resolución Firme;** que puede ser un fallo absolutorio o condenatorio, o un auto consentido o ejecutoriado, dicho de otro modo, que el primer proceso haya fenecido totalmente y no sea susceptible de medio impugnatorio alguno». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012)

«En ese orden de ideas, queda claro que el destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboraci6n de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo —o respecto de los cuales existía un vínculo funcional—; debe tenerse en cuenta además, que la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que estos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no ser relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012)

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

## 1. Concepto

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

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

## 2. Cómputo del plazo de prescripción

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

a) En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa.

b) En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó.

c) En el delito continuado, desde el día en que se determinó la actividad delictuosa.

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

## 3. Plazo de prescripción ordinario y extraordinario

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

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

## 4. Dúplica del plazo de prescripción

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.

b) El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

c) Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

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

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

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

## 6. Suspensión e interrupción del plazo de prescripción

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

a) Las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales.

b) La comisión de un nuevo delito doloso.

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

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

## 1. Registro de inspecciones laborales

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

## 2. Documentos videográficos y audiográficos

***Filmaciones de carácter no público***

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

***Videograbaciones en local público y con autorización de interlocutor***

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

## 1. Elementos

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

## 2. Valoración judicial

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

## 3. Necesidad de debate pericial ante contradicciones

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

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

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

## 4. Informes de la Contraloría de la República

***Carácter preconstituido***

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

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

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

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

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

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

## 1. Concepto

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

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

## 2. Requisitos

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

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

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

## 3. Clasificación de los indicios

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

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

## 4. Uso y valoración

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Definición

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

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

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

## 2. Búsqueda de la verdad y prueba prohibida

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

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

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

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

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

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

## 3. Prueba prohibida como derecho fundamental

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

## 4. Prueba prohibida y violación de derechos fundamentales

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

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

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

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

## 5. Declaración obtenida mediante violencia

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

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

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

## 6. Validez de prueba incorporada de forma irregular

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

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

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

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

## 7. Efectos: inutilización y exclusión

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

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

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

## 8. Excepciones a la prueba prohibida

***Teoría del riesgo***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Declaraciones del coimputado

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

Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

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

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

## 2. Declaraciones del agraviado

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

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal del párrafo anterior». (Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Bien jurídico

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

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

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

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

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

## 2. Tipicidad de la conducta

***Sujeto activo***

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

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

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

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

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

***Sujeto pasivo***

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

***Elementos del tipo***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***Interpretación del elemento "caso administrativo"***

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

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

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

***Dolo***

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

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

## 3. Consumación

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

«Cesar San Martín Castro (*Los delitos de tráfico de influencias, Enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores 2003, pp. 25-26), sostiene que el perfeccionamiento del injusto exige que quien invoca ser titular de influencias primero, reciba una ventaja o promesa de donativo por parte del interesado, y posteriormente se comprometa a interceder ante un magistrado judicial o funcionario a cargo de un caso administrativo, sin que la consumación requiera que el ofrecimiento o intercesión se haga efectivo». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial "B" de la Corte Superior Justicia de Lima recaída el 9 de julio de 2003)

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

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

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

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

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

[…]

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

[…]

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

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

## 4. Valoración de la prueba

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

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

## 1. Bien jurídico

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

## 2. Tipicidad de la conducta

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

# ÍNDICE TEMÁTICO

## A


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


## B


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


## C


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

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


## D


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

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


## E


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


## F


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


## G


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

## I


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


## J


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


## L


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

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

## M

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

## N

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

## O

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

## P

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

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

## R

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

## S

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

## T

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

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


## U


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


## V


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

# LECTURA Nº 11

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL

## ACUERDO PLENARIO N° 2-2008/CJ-116

**Concordancia Jurisprudencial**
**Art. 116° TUO LOPJ**
***ASUNTO*: Alcances de la pena de inhabilitación**

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

## ACUERDO PLENARIO

### I. *ANTECEDENTES*

**1°.** Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

**2°.** Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

**3°.** En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.

**4°.** En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

**5°.** La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor RODRÍGUEZ TINEO, y se incluyó al señor PRADO SALDARRIAGA quienes expresan el parecer del Pleno.

## II. *FUNDAMENTOS JURÍDICOS*

### § 1. *Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal.*

**6°.** La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

**7°.** La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho –se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39° y 40° del Código Penal).
La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aún cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código Penal, se indique que la inhabilitación

conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

**§ 2. *Contenido de la pena de inhabilitación.***

**8°.** El artículo 36° del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena

**§ 3. *Duración y cómputo de la pena de inhabilitación.***

**9°.** El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

**10°.** La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la "naturaleza de las cosas", por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

**A.** Taxativamente, de conformidad co n el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal, modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la

pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.

**B.** El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos –no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.

**C.** Respecto del inciso 1) del artículo 36° del Código Penal: "*Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular*", como la norma alude a una relación de derecho público e indica "privación", es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio –privación de titularidad-. Se trata por tanto de una privación definitiva –no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos dese que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: ZAFFARONI/SLOKAR).

**§ 4. *Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación.***

**11°.** El artículo 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225°.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273° del aludido Código prescribe que la acusación oral del Fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el Tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285° de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2°.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, la **(1)** congruencia fáctica: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta ("vinculación fáctica"); y, **(2)** la congruencia jurídica: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa ("vinculación jurídica").

La congruencia cuantitativa, en función al *petitum* del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285°-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397°.3 estipula, bajo la condición de su legalidad –tiempo y extensión-, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal una faculta específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

**12°.** Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

**A.** Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37° el Código Penal establece que la pena de inhabilitación –según su importancia y rango- puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39° del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que "*...el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley*". Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

**B.** Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.

**C.** Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta –en el presente caso la inhabilitación- está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

**D.** Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.

**E.** Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

**13°.** El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

**A.** El artículo 46°, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo

**B.** No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo 38° del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111° segundo y último párrafo, 117°, 121°-A, 124° segundo párrafo, 122°-A, 124°, 153°-A, 155°, 157°, 169°, 170°, 177°, 181°-A, 181°-B, 183°-A, 200° cuarto párrafo, 222°, 223°, 225°, 237°, 243°, 243°-C, 247° *in fine*, 259°, 260°, 274°, 296°, 296°-A, 297°, 300°, 303°-B, 316°. 1 y 2, 317° *in fine*, 318°, 318°-A penúltimo párrafo, 320°, 323° *in fine*, 324°, 376°-A, 393°, 394°, 395°, 396°, 398°, 399°, 400°, 401°, 409°-B y 450°-A .

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353° -delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional-, 360° -delitos contra la Voluntad Popular-, 426° -delitos cometidos por Funcionarios Públicos y delitos contra la Administración de Justicia-, 432° -delitos de falsificación de documentos-, y 436° -delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 –delitos aduaneros-, artículo 10°. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 –delitos de terrorismo-, artículos 5° y 6°-A.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39° del Código sustantivo.

**C.** En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, en el propio tipo delictivo o

en los artículos 38° y 39°- la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

**D.** Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36° del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170° del Código Penal y 5° del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

**E.** Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

**14°.** Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300°.1 del Código de Procedimientos Penales y 409°.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11° y 12°.

**§ 5. *Ejecución de la pena de inhabilitación.***

**15°.** La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia

condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

**A.** Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368° del Código Penal).

**B.** Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.

**C.** En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

**D.** Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

**E.** Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

**F.** Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

**G.** Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

**H.** Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

**16°.** El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente –nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos

suspendidos o afectados, con exclusión –claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

## III. *DECISIÓN*

**16°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

## ACORDARON:

**17°. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8° al 16°.

**18°. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

**19°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

**PRADO SALDARRIAGA**

**RODRÍGUEZ TINEO**

VALDEZ ROCA

ROJAS MARAVÍ

PONCE DE MIER

MOLINA ORDOÑEZ

SANTOS PEÑA

VINATEA MEDINA

PRÍNCIPE TRUJILLO

PARIONA PASTRANA

ZECENARRO MATEUS

CALDERÓN CASTILLO

URBINA GANVINI

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

# LECTURA Nº 12

# ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116

***FUNDAMENTO*: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ**
***ASUNTO*: EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN Y RECURSO IMPUGNATORIO**

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

## ACUERDO PLENARIO

### I. *ANTECEDENTES*

**1°.** Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

**2°.** Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, después de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

**3°.** En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia el Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, y las distintas resoluciones de los

Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que se dictaron respecto de la pena de inhabilitación. En especial, la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su oficio número 5979-2009-SG/JNE, del 11 de los corrientes, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.

**4°.** En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

**5°.** La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

## II. *FUNDAMENTOS JURÍDICOS*

**6°.** El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

**7°.** Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional- o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermanéutica, está vinculado con el párrafo 15° del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: "*La ejecución de la pena de inhabilitación,* […]*, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales.* […] *A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución…*". También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que "*El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme*".

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad- sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACPP-, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

**8°.** Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto-. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

**A.** Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal -en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

**B.** Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede "…*entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política*" –así lo precisa el artículo 331° *in fine* ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

**9°.** En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

## III. *DECISIÓN*

**10°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

**ACORDARON:**

**11°. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 9°.

**12°. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

**13°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

**GONZALES CAMPOS**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**LECAROS CORNEJO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**RODRÍGUEZ TINEO**

**VALDEZ ROCA**

**BARRIENTOS PEÑA**

**BIAGGI GÓMEZ**

**MOLINA ORDOÑEZ**

**BARRIOS ALVARADO**

**PRÍNCIPE TRUJILLO**

**BARANDIARÁN DEMPWOLF**

**NEYRA FLORES**

**CALDERÓN CASTILLO**

**ZEVALLOS SOTO**

# LECTURA Nº 13

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

## ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116.

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

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.-

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

### ACUERDO PLENARIO

### *I. ANTECEDENTES.*

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

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

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

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

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

## *II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.*

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

**7.** Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar*, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

**a)** *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
**b)** *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.
*La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción.
*La Custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.
**c)** *Apropiación* o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
**d)** El destinatario: *para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.
**e)** *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

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

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

**a)** *La sustracción*. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
**b)** *La culpa del funcionario o servidor público*. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. *Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos , a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.*

## *III. DECISIÓN.*

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

**ACORDÓ:**

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

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

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

**SS.**

**SIVINA HURTADO**

**GONZALES CAMPOS**

**SAN MARTIN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**LECAROS CORNEJO**

**BALCAZAR ZELADA**

**MOLINA ORDOÑEZ**

**BARRIENTOS PEÑA**

**VEGA VEGA**

**PRINCIPE TRUJILLO.**

# LECTURA Nº 14

AÑO DE LA INVERSIÓN PARA EL DESARROLLO RURAL Y LA SEGURIDAD ALIMENTARIA

El Peruano

FUNDADO EN 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

Lima, viernes 8 de marzo de 2013

# Jurisprudencia



## PODER JUDICIAL

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA
### SALA PENAL PERMANENTE
### R. N. N° 956-2011
### UCAYALI

**Jurisprudencia vinculante:** principio de imputación necesaria

Lima, veintiuno de marzo de dos mil doce.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior Mixta Transitoria de Ucayali; con los recaudos que se acompañan al principal; decisión adoptada bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

**1. DECISION CUESTIONADA**

Es la sentencia de tres de febrero de dos mil once, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, obrante en los folios cinco mil treinta y cinco a cinco mil ciento sesenta y siete; en que se: **1) absolvió** a doña **Norma Soledad Riva Reátegui** y a don **Edwin Vilela Vargas**, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública -falsificación de documentos en general- en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **2) absolvió** a doña **Catalina Herminia Garay de Tello,** doña **Elizabeth Chávez Cristóbal**, don **Vladimir Imael Núñez Paredes**, don **Ausberto Odicio Pinedo**, doña **Floria Ruiz Armas**, don **Nilson Collantes Silva** y don **Jorge Alberto Collantes Silva**, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general-, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado; **3) absolvió** a don **Fidel Carlos Malca Hernández,** doña **María Elisa Mory Gonzáles Vía**, don **Milton Francisco Marín Aliaga,** don **Juan Fernando Rojas Maturano**, doña **Josefa Moreno Pérez** y don **Viet Lozano Alvan**, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **4) absolvió** a don **Walter Manuel Castro Ronceros** y don **Pacífico Cosme Tacanga López,** de la acusación fiscal por delito contra la fe pública –falsedad ideológica-, en agravio de la Dirección de Salud de Ucayali y del Estado; y a doña **Carmen Salazar Vega,** de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia, peculado y peculado agravado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general- en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado: **5) absolvió** a don **Juan Carlos Fernández Capcha,** de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado (*por adquisición de medicamentos sobre valuados, adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobre valuados, pagos indebidos por racionamiento a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales, uso y manejo de los fondos para pagos en efectivo de manera irregular con comprobantes de pago observados, pagos de viáticos por servicios no realizados, pago de viáticos por montos mayores en relación a los días realmente utilizados);* y peculado agravado y contra la fe pública –falsificación de documentos en general-, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado; **6) condenó** al nombrado don **Juan Carlos Fernández Capcha**, como autor del delito contra la administración pública, en el tipo de peculado,(por pagos indebidos por concepto de *"movilidad local"*, utilización de unidades de transporte de la institución para el traslado de la comisión a diversos lugares, pese a la asignación de asignación por movilidad, en el período mil novecientos noventa y nueve); y le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de un año; inhabilitación por igual plazo, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijó en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la entidad agraviada.

**2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

**El recurso formulado por el señor Fiscal Superior abarca dos extremos:**

**2.1 Extremo absolutorio:**

**2.1.1.** Alegó, que no se efectuó debida ponderación de los medios probatorios aportados al proceso, en este caso, el Informe Especial número 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI "Examen Especial periodo enero mil novecientos noventa y ocho a diciembre de mil novecientos noventa y nueve a la Dirección Regional de Salud de Ucayali", donde se detectaron diversas irregularidades de trascendencia penal y que no fueron materia de cuestionamiento ni tacha por los sujetos procesales.

**2.1.2.** Tampoco se tuvo en consideración en su integridad el dictamen pericial de los folios dos mil cincuenta y nueve a dos mil setenta y tres, por el cual se ha demostrado la existencia de los hechos imputados a los procesados, que tampoco fue objeto de tacha o cuestionamiento, más aún que en este tipo de delitos, la actuación de la pericia contable es determinante para los fines del proceso en agravio de los intereses del Estado.

**2.1.3.** Igualmente no se tuvo en consideración al momento de emitir la sentencia absolutoria que los procesados estuvieron involucrados en la reparación y mantenimiento de los equipos de microscopio y de los botes, ya que el procesado don Ausberto Odicio Pinedo en su declaración de folio novecientos noventa y nueve (acta de verificación de entrevista), sostuvo no haber brindado servicio de mantenimiento y reparación de los equipos de microscopios y que las firmas que aparecen en los comprobantes de pago y documentos adjuntos si bien corresponden a su persona los había realizado con la finalidad de apoyar a un supuesto proveedor que no tenía documentos y que no conoce a esa persona.

**2.1.4** Asimismo, respecto a la reparación y mantenimiento de los botes de madera, no se valoró los mensajes recibidos por el encargado de la cabina de radio, lo cual se encuentra consignado en el Informe escrito y acta de verificación, para el área de control interno, que contiene la declaración de doña Violeta Puntas Santibáñez, del Puesto de Salud de Nuevo Italia (folio novecientos veinticinco), quien manifestó que desde el mes de febrero de mil novecientos noventa y ocho, no cuentan con botes de madera; en igual sentido del Puesto de Salud Nohaya (folio novecientos veintiséis) donde el técnico enfermero don Franz Arancibia Vela, refirió que en ningún momento se reparó bote alguno; del Puesto de Salud de Aguaytía (folio novecientos veintisiete), donde la

administradora doña Rosa Pinedo Ríos, dijo que nunca se contó con bote alguno.

**2.1.5.** Lo señalado en los acápites anteriores, no hace mas que indicar que las labores de reparación de microscopios y botes de madera no se realizaron y que la existencia de comprobantes de pagos, órdenes de servicios y recibo de honorarios, justificando la realización de dichas labores, se emitieron únicamente con la finalidad de darle revestimiento de legalidad a labores que no se ejecutaron, y que fueron hechos con el propósito de apoderarse de los montos de dinero que demandaron las supuestas reparaciones.

**2.2. Extremo condenatorio:**

**2.2.1.** Cuestiona el *quantum* de la pena impuesta, la que considera excesivamente benigna; toda vez que en la determinación judicial de la pena al encausado Fernández Capcha, se señala que éste tiene la condición de primario y no posee antecedentes penales; sin haber realizado el examen de las otras circunstancias establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, no se condice que dicha pena.

**2.2.2.** A la luz de estos dispositivos, existen mayores factores agravantes que atenuantes, más aún si de la lectura de la sentencia no se menciona causa alguna de justificación, o algún atenuante general o especial que pudiera determinar la aplicación de una pena benigna; por el contrario todo hace indicar teniendo en cuenta los hechos y las pruebas aportadas que le correspondería una pena mayor, máxime si no concurren las circunstancias atenuante de responsabilidad restringida o confesión sincera.

**3. SÍNTESIS DEL FACTUM**

En la acusación escrita (folios dos mil seiscientos sesenta y cinco a dos mil setecientos quince, subsanada en el folio dos mil setecientos veinticinco), se atribuyó a los procesados los siguientes cargos:

**1. A don Juan Carlos Fernández Capcha, en su condición de ex Director Ejecutivo de Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia, peculado; peculado agravado; y por delitos contra la fe pública –falsificación de documentos en general, falsedad ideológica y falsedad genérica,** haber autorizado abusando de su cargo, mediante memorándums de los años mil novecientos noventa y ocho-mil novecientos noventa y nueve, el pago de viáticos por comisión de servicios no realizados, pagos por movilidad local en planilla de viáticos de manera indebida a pesar de haberse trasladado en unidades móviles de la institución; viáticos por montos mayores con relación a los días realmente utilizados, duplicidad de pago por racionamiento al personal contratado por servicios no personales; haber autorizado mediante memorándum del año mil novecientos noventa y nueve la adquisición de medicamentos sobrevaluados contra lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y las resoluciones Directorales y Directivas de Ejecución y rendición de fondos habilitados por encargo (Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta), Resolución Directoral número ciento dos-noventa y nueve-SA/DM, Resolución de Control número setenta y dos-noventa y ocho-CG), Normas Técnicas de Control para sector público, dando lugar con ello que terceras personas se beneficien económicamente en perjuicio de la entidad hasta por la suma de 37,243.30 nuevos soles con treinta céntimos. También autorizó mediante memorándum del año mil novecientos noventa y nueve la adquisición de repuestos y otros bienes sobre valuados, causando perjuicio por la suma de 9,517.50 nuevos soles; permitió también el uso incorrecto de fondos para pagos en efectivo contra lo previsto por la Resolución Directoral N°22-680; Normas Generales de Tesorería, Resolución Ministerial N° 881-EFC/76 de Normas de Sistema de Contabilidad, Resolución de Contraloría N° 72-98-CG, normas Técnicas de Control, beneficiando a terceros por la suma de 5,139.80 nuevos soles; concertándose con los contratistas para pagos de prestación de servicios no realizados a la institución, mediante memorándums del año mil novecientos noventa y nueve, beneficiando a terceros por la suma de 15,500 nuevos soles; concertándose también con proveedores para pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no realizados, perjudicando a la institución por la suma de 14,211.20 nuevos soles, realizándolo también con los contratistas, la ejecución y pagos de los servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de salud de Iparia y Puesto de salud Colonia del Caco, provocando perjuicio por la suma de 59,156.47 nuevos soles.

**2. A doña Catalina Herminia Garay Román, se le atribuyó que en su condición de ex Directora de Personal de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general y falsedad genérica,** permitió el pago de racionamiento a persona contratado por servicios no personales y duplicidad de pago por racionamiento al personal del equipo de gestión.

**3. A doña Elizabeth Chávez Cristóbal, en su condición de ex Coordinadora del Proyecto dos mil de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general y falsedad genérica,** permitió el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y haberse concertado con los interesados permitiendo pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados a través de memorándums autoritativos.

**4. A doña Norma Soledad Riva Reátegui, en su condición de Coordinadora de Planificación Familiar los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general, falsedad ideológica y falsedad genérica;** realizó pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales, beneficiando a terceras personas por la suma de siete mil ochocientos treinta nuevos soles, concertándose con los interesados, permitiendo la ejecución de los contratos y sus pagos de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de salud de Iparia y Puesto de Salud Colonia del Caco, a través de contratos autoritativos hasta por la suma de s/.59,146.47 nuevos soles.

**5. A don Vladimir Imael Núñez Paredes, ex Director de Logística, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica,** haber permitido la adquisición de medicamentos sobrevaluados, beneficiando a terceras personas hasta por la suma de 37,247.30 nuevos soles; también la adquisición de repuestos y otros bienes a precios sobrevaluados a través de memorándums autoritativos en beneficio de terceros por la suma de 9,517.50 nuevos soles; además, la realización de pagos por prestación de servicios que la institución no recibió hasta por un monto de 15,500 nuevos soles y pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados por 14,211.20 nuevos soles, coludiéndose con contratistas para la ejecución y pago de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de salud de Iparia y Puesto de Salud de Colonia del Caco.

**6. A don Fidel Carlos Malca Hernández, en su condición de ex Director de Logística de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general;** permitió la adquisición de medicamentos sobrevaluados, concretando memorándums autoritativos, beneficiando económicamente a terceras personas, hasta por la suma de 37,243.30 nuevos soles, adquiriendo repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados, causando un perjuicio económico a la entidad, concertándose con proveedores o interesados realizando pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados y con los contratistas para la ejecución de los contratos y sus pagos para el reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y del Puesto de Salud de Colonia del Caco hasta por un monto de 59,146.47 nuevos soles.

**7. a Don Viet Lozano Alván, ex encargado del fondo para pagos en efectivo de la mencionada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general;** al haber permitido hacer uso de documentos falsos para el uso indebido de fondos para pagos en efectivo, y a pesar que las normas de tesorería se lo impedían, trayendo como consecuencia beneficio económico a terceros en perjuicio de la entidad por la suma de 5,139.80 nuevos soles.

**8. A doña María Elisa Moria Gonzáles Vía, ex coordinadora del Programa de Salud Física para Todos de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general;** por firmar las actas de conformidad referentes a la reparación y mantenimiento de microscopio y botes de madera de distintos establecimientos de salud, introduciendo declaraciones falsas, concertándose con los proveedores de servicios permitiendo beneficiar económicamente a terceros en perjuicio de la entidad hasta por la suma de 15,500 nuevos soles. Además mediante un parte, de cuatro y otro de veinticinco de enero de dos mil uno, la agencia de viaje "Alfa" indicó que los pasajes utilizados, fueron emitidos para un vuelo charter a la localidad de Purús el trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, que luego fue corregido, indicando que se vendió los pasajes de acuerdo a lo requerido por la Oficina de Logística de la Dirección Regional de Salud; versiones introducidas como falsas en documentos que autorizan su pago, mediante una supuesta concertación con el proveedor exclusivo del servicio, permitiendo de esa forma beneficiar económicamente a terceros, comprando pasajes aéreos a los funcionarios no requeridos y haber permitido sobrevaluación del servicio Charter hasta por la suma de de 14,211.20 nuevos soles.

**9. A don Milton Francisco Marín Aliaga, en su condición de asesor de Infraestructura de la citada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general;** al haber participado en la recepción del servicio de los contratos números ciento noventa y siete-noventa y nueve; doscientos ochenta y dos-noventa y nueve y quinientos cuarenta y cuatro-dos mil; en la organización y manejo de los servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de salud de Iparia y del Puesto de Salud de Colonia del Caco para efectos de la recepción del contrato efectuado resultante del contrato N° 282-99, dando su conformidad, lo que permitió la disposición de pago hasta por la suma de 19.950.83 nuevos soles.

**10. A don Iván Fernando Rojas Maturana, en su condición de Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento de la mencionada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general;** quien suscribió el acta de recepción de obra del contrato N° 544-2000, no obstante haber referido que su oficina no tenía

documentos relacionados a dicho contrato, que tampoco supervisó, ni participó en la programación, acción que permitió la disposición de pago por la suma de 26,000 nuevos soles.

**11. a doña Josefa Moreno Pérez, en su condición de cajera pagadora de la citada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general;** quien según don Jorge Collantes Silva, fue quien lo hizo firmar conjuntamente con don Nilson Collantes Silva los comprobantes de pago produciendo un beneficio económico a terceros en perjuicio de la entidad por la suma de 59,146.47 nuevos soles.

**12. A don Edwin Vilela Vargas, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad ideológica,** en su condición de Coordinador del Programa de Seguro Escolar Gratuito de la indicada entidad, por haber adquirido menor cantidad de medicamentos por el mayor costo pagado, perjudicando la población escolar y a los beneficiarios del Programa de Planificación Familiar y la comunidad en general hasta por la suma de 37,243.39 nuevos soles; por haber concertado la inclusión de declaraciones falsas en documentos, beneficiando económicamente a la empresa "Alfa Viajes" y Servicios Generales por la suma de 14,211.20 nuevos soles; habiéndose adquirido pasajes sin necesidad y el pago del servicio de Charter con sobreprecio.

**13. A don Ausberto Odicio Pinedo, en su condición de proveedor de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica,** al haber extendido el comprobante de pago por la suma de 5,000.00 nuevos soles, permitiendo la disposición indebida mediante concertación y la inclusión de declaraciones falsas en documentos que permitieron beneficiar económicamente a terceros, por supuestos servicios de mantenimiento y reparación no prestados de veintiún microscopios de diferentes establecimientos de salud, con pro forma de servicios realizada por la Dirección de Logística, señalando que firmó los documentos a solicitud de dicha Dirección, ya que su negocio, no tenía por giro la prestación de servicios de reparación y mantenimiento de dichos equipos, abonándole mediante comprobantes de pago números 6718, 8390,10070,10074 y11391, por la suma de 10,500 nuevos soles; con perjuicio económico de la entidad agraviada.

**14. A doña Floria Ruíz Armas, representante de la Agencia "Alfa Viajes" y Servicios Generales, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica,** en su condición de proveedora de servicios de transporte aéreo con fecha veinticinco de enero de dos mil uno, expidió un documento a la licenciada doña María Mori, indicando que los pasajes no utilizados fueron cambiados para la utilización de un vuelo Charter a la localidad de Purús, el trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, tomando como canje pasajes comprados no utilizados en su oportunidad, siendo que dichos pasajes fueron adquiridos sin necesidad, sin conocimiento de los beneficiarios, comprobándose el pago de sobreprecios en la contratación de vuelos charter, permitiendo que la autoridad administrativa incluyera declaraciones falsas en concertación, lo que facilitó el beneficio de terceros por la suma de 14.211.20 nuevos soles.

**15. A don Jorge Collantes Silva, en su condición de propietario de la Constructora Collantes, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica,** dado que utilizando el nombre de un tercero, don Juan Medina Aguirre, efectuó las cobranzas por los servicios de rehabilitación y reacondicionamiento del Centro de salud de Iparia y Puesto de Salud de Colonia del Caco usando doble partida; cobro indebidamente permitido por los funcionarios y servidores de la indicada entidad agraviada hasta por un monto de 9,411.10 nuevos soles.

**16. A doña Carmen Salazar Vega en su condición de Directora de Economía de la entidad agraviada, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y Falsificación de documentos en general y falsedad genérica;** dado que realizó pagos indebidos por racionamiento de personal contratado por servicios no personales por un monto de siete mil ochocientos treinta nuevos soles, en beneficio de los servidores, tomando de una partida formada para pago de alimentos del personal interno en los centros hospitalarios, educativos, de reclusión y para atender coordinaciones nacionales y estudiantiles.

**17. A don Walter Manuel Castro Ronceros, la comisión del delito contra la administración pública –peculado- y contra la fe pública, en el tipo de falsedad ideológica,** en su calidad de funcionario de la citada entidad, por pagos indebidos efectuados por concepto de viáticos, movilidad local y racionamiento a funcionarios y servidores en los períodos mil novecientos noventa y ocho y noventa y nueve y comisión de servicios que no se han efectuado, presentando rendiciones de cuenta como actividades desarrolladas hasta por un monto de 7,908.85 nuevos soles.

**18. A don Pacífico Cosme Tacanga López, el delito de falsedad ideológica;** en su condición de funcionario de la entidad agraviada, por pagos indebidos por viáticos, movilidad local y racionamiento a funcionarios y servidores en el período 1998-1999 por s/.47,886.72 nuevos soles y comisión de servicios que no se han efectuado, presentando rendiciones de cuenta como actividades desarrolladas hasta por un monto de 7,908.85 nuevos soles.

**19. A don Juan Fernando Rojas Maturano, en su condición de Jefe de Ingeniería y Mantenimiento,** al haber firmado el acta de conformidad de obra, según refiere por indicación de don Vladimir Núñez Paredes, sin haber verificado in situ.

**4. OPINIÓN DEL SEÑOR FISCAL SUPREMO**

En el dictamen de los folios setenta y uno a ochenta y dos, el señor Fiscal Supremo en lo Penal, opinó que el Colegiado Superior no efectuó una adecuada valoración de los medios probatorios incorporados, en este caso, informes técnicos elaborados por la Contraloría, que tienen una naturaleza jurídica particular, que una vez objeto de ratificación judicial, se convierten en medio probatorio idóneo; de modo que la elaboración argumental inserta en las consideraciones del fallo, debe necesariamente reservar un acápite a la correcta valoración de la prueba técnica reseñada; además existe el informe pericial contable que tampoco ha sido valorado en su contexto, de cuyos informe fluye la responsabilidad penal de los procesados absueltos; y en relación al quantum de la pena impuesta a don Juan Carlos Fernández Capcha considera que es muy benigna en relación al injusto cometido; argumentos por los cuales propone se declare nula la sentencia elevada en grado y se lleve a cabo nuevo enjuiciamiento.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: ANÁLISIS DE PROCEDENCIA TEMPORAL DEL RECURSO DE NULIDAD**

El recurso de nulidad formulado por el señor Fiscal Superior, cumple con el requisito temporal de procedencia, dado que, conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de los folios cinco mil ciento sesenta y ocho a cinco mil ciento setenta y uno, al ser consultado respecto del fallo, manifestó reservarse el derecho de impugnar, lo cual hizo mediante escrito de folio cinco mil ciento setenta y tres, cumpliendo con sustentar los agravios en el escrito de los folios cinco mil ciento setenta y nueve a cinco mil ciento ochenta y uno, dentro del término establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, por lo que esta Sala Suprema se encuentra habilitada a emitir el pronunciamiento de fondo que corresponda.

**SEGUNDO: ANÁLISIS DE VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL.**

Teniendo en cuenta la imputación penal, según la acusación fiscal ya indicada, los hechos materia del proceso ocurrieron en el período mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, por lo que considerando la pena conminada para los delitos investigados a la fecha, la acción penal se encuentra vigente.

**TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO:**

**Consideraciones previas:**

**I.** Conforme al artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) inc. 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en virtud el cual todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional sea ordinario, constitucional, electoral, etcétera, debe respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional "efectiva" y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, independiente e imparcial entre otros derechos fundamentales.

**II.** Asimismo, el texto constitucional en el artículo ciento cincuenta y nueve establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la ***imputación necesaria*** como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2. 24 "d" y 139.14).

**III.** En virtud del mencionado principio, la jurisprudencia Constitucional ha señalado como "(...) ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; con una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta (...)", según el cual *"al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de todos y cada uno de los imputados"* (Fundamento jurídico 13 de la STC Nº 4989-2006-PHC/TC).

**IV.** La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.

**V.** No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de

deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.

**VI.** Asimismo el Acuerdo Plenario número seis-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, precisa que "El Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial, por lo que corresponde al Juez es evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal; dicho deber de control se intensifica en la etapa intermedia ante la acusación del señor Fiscal Superior, correspondiéndole entonces a la Sala Superior efectuar el control correspondiente.

**VII.** En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia; empero, ello a la vez colisionaría con el principio del plazo razonable de procesamiento como contenido implícito del debido encausamiento, expresado en la potestad de los justiciables de acceder a la tutela judicial efectiva en observancia de principios y garantías constitucionales, concluyendo en un fallo justo, razonable y proporcional (...), situación que no ha de pasar inadvertida.

**Sustento normativo:**

**3.1** El artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal establece que el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido (...).

**3.2.** El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por la Ley Nº 26713, señala que 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 (...).

**3.3.** El artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, modificado por la Ley veintiséis mil ciento noventa y ocho, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...). En su segundo párrafo opera la circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social estableciendo como pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

**3.4.** El artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal sanciona a quien hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, si de su uso puede resultar algún perjuicio (...).

**3.5.** El artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal establece sanción para quien inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad (...).

**3.6.** El artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal indica será castigado quien de cualquier otro modo que no esté especificado en el Código Penal, cometa falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, (...).

**3.9.** El inciso segundo del artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales manda que el escrito de acusación que formule el Fiscal de acuerdo al artículo noventa y dos, inciso cuatro de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe contener además la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad.

**CUARTO: ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO.**

**4.1. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE CONCUSIÓN**

**4.1.1. Encausado FERNANDEZ CAPCHA.** Se le atribuyó en su condición de Director Ejecutivo de Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, en el lapso veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho al mes de enero de dos mil uno, y como la máxima autoridad administrativa los siguientes hechos: **i)** pago indebido por racionamiento al personal contratado por servicios no personales; **ii)** uso y manejo de los fondos para pagos en efectivos de manera irregular con comprobantes de pagos observados por 5,139.80 nuevos soles; **iii)** adquisición de medicamentos sobre valuados por el importe de 37,243.39 nuevos soles; **iv)** adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobre valuados por 9,157.50 nuevos soles; **v)** pagos por prestación de servicios que la institución no recibió por 15,500 nuevos soles; **vi)** pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados y contratados de vuelos charter sobre valuados por 14,211.20 nuevos soles; **vii)** deficiencia e irregularidades en la ejecución de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y del Puesto de salud de Colonia del Caco por 59,146.47 nuevos soles.

**4.1.2.** Con relación al ítem **i)** en el informe Especial cero cero uno-dos mil-CTRU-DRSSU-OAI, Examen Especial del período uno de enero de mil novecientos noventa y ocho a treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno a la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali; se cuestiona el pago de racionamiento a servidores de la Dirección de Logística, Economía y otros y al personal contratado por servicios no personales a través de programas de planificación familiar, Proyecto 2000 y Defensa Nacional correspondiente al ejercicio económico mil novecientos noventa y ocho; sin embargo en los folios dos mil ochocientos noventa y cuatro a dos mil novecientos treinta y cuatro corre en copia fedatada el Informe N° 53-2000-CG/P370 de la Contraloría General de la República que contiene la auditoría financiera al Convenio de Donación número 527-0366 suscrito entre los Gobiernos del Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, administrado por el Ministerio de Salud del período enero de mil novecientos noventa y ocho a diciembre de mil novecientos noventa y nueve; de cuyo contenido se establece, respecto al Proyecto 2000, que tuvo como objetivo mejorar la salud y el estado nutricional de niños menores de tres años y de las mujeres en edad fértil, por un plazo de ejecución de siete años; en el no se cuestiona el mencionado pago de racionamiento que la propia unidad administrativa efectuaba al personal contratado por servicios no personales y al personal administrativo de la entidad; en tal sentido, si el Órgano Superior de Control de la República ya examinó el caso sub materia y no lo calificó de irregular, los órganos auxiliares de auditoría interna que dependen de la Contraloría General de la república, deberían concordar en sus dictámenes a los criterios adoptados por el órgano superior, por tanto no resulta sostenible atribuir responsabilidad penal al encausado en este extremo.

**4.1.3.** Respecto del **ítem ii)** como prueba de cargo, se hallan documentos de los folios setecientos cincuenta y dos a setecientos noventa, donde se observan comprobantes de pago con firmas de autorización y conformidad adulterados, los cuales sirvieron para efectuar pagos; empero, los aludidos documentos resultan insuficientes para establecer la existencia del delito de concusión y menos la responsabilidad del imputado, quien además ha sostenido su negativa uniforme sobre estos cargos, además no existir pericia de grafotecnia al respecto. Asimismo con relación al cargo señalado en el **ítem iii)**, encontrándose evidenciado en el cuadro de adquisiciones de medicamentos del año mil novecientos, se tiene que al haberse efectuado compras en forma fraccionada se habría ocasionado perjuicio por el monto indicado; sin embargo no existe prueba que determinado proveedor haya ofertado los precios indicados en el mencionado cuadro, menos aún prueba documental que haya establecido el procedimiento, forma y establecimiento comercial en que se iba a adquirir las medicinas; por tanto la conducta atribuida al encausado no se encuentra sólidamente acreditada; en todo caso su responsabilidad sería administrativa al no haber consignado la compra de los medicamentos en su plan anual de adquisiciones, en el rubro encargos.

**4.1.4.** Con relación a los cargos señalados en el **ítem iv)**, si bien en el presente caso, comparando los precios de adquisición pagada por la agraviada, con las cotizaciones propuestas por los establecimientos comerciales, entre ellas existe una diferencia que aparentemente causaría perjuicio económico a la entidad agraviada, empero, no existe prueba de cómo estuvo establecido el procedimiento para la compra de dichos bienes y de esa forma determinar objetivamente el perjuicio económico que se pudiera haber causado a la entidad agraviada, por lo que la absolución en este extremo se encuentra arreglada a ley. En el mismo sentido, respecto de los cargos señalados en el **ítem v)**, se cuestiona haberse desembolsado sumas de dinero por servicios que la entidad agraviada no recibió, tal es el caso de la reparación de veintiún microscopios de los diferentes establecimientos de salud, en el año mil novecientos noventa y nueve, por el monto de cinco mil nuevos soles y por la reparación y mantenimiento de botes de madera de los diferentes establecimientos de salud, por el monto de diez mil quinientos nuevos soles; aún cuando en los diversos informes y actas de verificación se estableció que algunos Centros de Salud cuyos botes de madera no habrían sido materia de reparación porque sencillamente no contaban con esos medios de transporte, así como el procesado don Ausberto Odicio Pinedo reconoció ante el Auditor de la agraviada que no fue su persona quien realizó el trabajo de la reparación de los equipos de microscopios, sino fue con la finalidad de apoyar a otro proveedor a solicitud del señor Becerra, que consignó la cantidad de doce equipos por reparación por indicación de la Dirección de Logística; sin embargo del contenido de los citados documentos se puede inferir que aparentemente los servicios de reparación de dichos equipos técnicos y reparación y mantenimiento de botes de madera no se efectuaron a favor de la agraviada, pero es el caso que estos hechos no se encuadran en los presupuestos que tipifican el delito de concusión, que exige que el funcionario o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un beneficio patrimonial.

**4.1.5.** Respecto del cargo señalado en el ítem **vi)** se cuestiona haberse cancelado a la empresa "Alfa Viajes y Servicios Generales E.I.R.L." por pagos de pasajes que no fueron utilizados, por el monto que se indica; aún cuando aparecen haberse efectuado diversos pagos de pasajes aéreos no utilizados; empero del análisis de los citados documentos se colige que tales hechos no encuadran en

el tipo penal denunciado, con el fundamento jurídico precisado en el acápite anterior.

**4.1.6.** Con relación a los cargos señalados en el **ítem vii)** se cuestiona deficiencias e irregularidades en la ejecución de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparía y del Puesto de Salud de Colonia del Caco; si bien para la ejecución de las obras contenidas en los distintos contratos que se mencionan en la acusación, existieron indicios de irregularidades como no contar con expedientes técnicos, no existir acta de entrega de las obras y por último, que no se ejecutó la totalidad de las obras contenida en los contratos; pero es el caso que tales hechos no se encuadran en el delito de concusión por cuanto no existe prueba de que el imputado abusando de su cargo haya obligado o inducido a los proveedores de las indicadas obras para que obtengan promesa o beneficio patrimonial a su favor.

**4.1.7. Respecto de las procesadas doña Catalina Herminia GARAY DE TELLO, doña Elizabeth CHAVEZ CRISTOBAL y doña Norma Soledad RIVA REATEGUI**, cabe señalar que la primera de las nombradas se desempeñaba como Directora de Personal de la entidad agraviada desde el dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete y tenía como funciones el planificar, organizar, supervisar todo el desarrollo del área técnica, legal, de remuneraciones, además en la elaboración del cuadro de personal entre otras funciones; por su parte la encausada Chávez Cristóbal se desempeñó como Coordinadora del Proyecto 2000 desde el uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, encargada de organizar, programar y ejecutar actividades de cursos de capacitación, supervisar establecimientos de salud; y la tercera de las nombradas, ocupó el cargo de Coordinadora Regional del Programa de Planificación Familiar, quienes permitieron el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y duplicidad de pago por racionamiento al personal del equipo de gestión. Sin embargo, estando en la misma situación jurídica que su coacusado Fernández Capcha en cuanto a la imputación por éste delito (concusión), por los mismos fundamentos jurídicos precisados en el acápite 4.1.1. la absolución de las precitadas se encuentra arreglada a ley.

**4.1.8. Con relación a los procesados don Vladimir Imael NUÑEZ PAREDES, don Fidel Carlos MALCA HERNANDEZ, don Viet LOZANO ALVAN, doña María Elisa MORY GONZALES VIA, don Milton Francisco MARIN ALIAGA, Don Juan Fernando ROJAS MATURANO, doña Josefa MORENO PEREZ, don Edwin VILELA VARGAS y doña Carmen SALAZAR VEGA**; de la acusación escrita del representante del Ministerio Público no se ha precisado en qué consisten los cargos en su contra por este delito (concusión), más aún que del informe cero uno-dos mil-CTARR-DRSSU-OAI, tampoco se precisa al aún hecho de contenido penal, por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley.

**4.1.9. Respecto los procesados doña Floria RUIZ ARMAS, don Ausberto ODICIO PINEDO, don Nilson COLLANTES SILVA y don Jorge Alberto COLLANTES SILVA**; se ha establecido que la procesada Ruiz Armas, fue representante de la Agencia de Viajes "Alfa" y el procesado Odicio Pinedo fue proveedor de la entidad agraviada y los dos últimos fueron representantes de la empresa "Constructora Collantes"; de la estructura típica del artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, se advierte que se trata de un delito especial, que exige determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitada, en este caso solo funcionarios públicos,; siendo así los procesados nombrados no tenían tal calidad, por lo tanto, no se les puede atribuir dicho ilícito penal.

**4.2. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE PECULADO AGRAVADO:**

**4.2.1. Imputado a los procesados: doña Carmen SALAZAR VEGA y don Juan Carlos FERNANDEZ CAPCHA**, a quienes se les imputó que en su condición de Directora de Economía y al segundo, Director Ejecutivo de la entidad agraviada, haber efectuado pagos indebidos en forma dolosa por racionamiento al personal contratado por servicios no personales por la suma de 7,830 nuevos soles, sin tener en consideración que la partida presupuestaria estaba destinada para pagos de gastos para alimentación de personas internas en centros hospitalarios, educativos y de reclusión. Al respecto, la Contraloría General de la República cuya función es la fiscalización de la ejecución de gastos en las entidades públicas, no observó en el Informe número 053-2000-CG/P370 que contiene la Auditoría Financiera al Convenio de Donación número 527-0366, los montos pagados por concepto de racionamiento a los trabajadores contratados por servicios no personales, siendo así se puede colegir que dichos pagos fueron regulares.

**4.3. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE FALSEDAD GENERICA:**

**4.3.1. Imputado a los procesados GARAY DE TELLO, CHÁVEZ CRISTOBAL, NÚÑEZ PAREDES, ODICIO PINEDO, RUIZ ARMAS, COLLANTES SILVA Nilson, COLLANTES SILVA Jorge Alberto, MALCA HERNÁNDEZ, MORY GONZÁLES VÍA, MARÍN ALIAGA, ROJAS MATURANO, MORENO PÉREZ, LOZANO ALVÁN, SALAZAR VEGA Y FERNANDEZ CAPCHA:** al respecto, conforme se ha señalado en los acápites anteriores, el representante del Ministerio Público en su acusación escrita y en la requisitoria oral, no ha precisado de manera individual, clara y concreta los cargos contra los aludidos con relación a este delito; a ello cabe añadir que el Informe 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI,"Examen Especial del período uno de enero a treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, tampoco señala los fundamentos fácticos respecto de los actos irregulares de contenido penal por este ilícito; no existe información contenida en un documento con el cual se haya alterado la verdad y perjudicado a la entidad.

**4.4. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE PECULADO.**

**4.4.1. Imputado a los encausados: RIVA REÁTEGUI, LOZANO ALVÁN, MARÍN ALIAGA, SALAZAR VEGA, COLLANTES SILVA Nilson, COLLANTES SILVA Jorge Alberto, RUÍZ ARMAS, ODICIO PINEDO, GARAY DE TELLO, MORENO PÉREZ, ROJAS MATURANO, NÚÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ, VILELA VARGAS, CHÁVEZ CRISTOBAL, MORY GONZÁLES VÍA y FERNÁNDEZ CAPCHA.**

**4.4.2. Con relación a la encausada RIVA REÁTEGUI,** se le atribuyó que en su condición de Coordinadora Regional del Programa de Planificación Familiar, permitió el pago de planillas de racionamiento al personal contratado por servicios no personales, contraviniendo con ello la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta –Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, beneficiando a terceras personas en perjuicio de la entidad agraviada; aún cuando en autos obran las planillas (veintidós en total)por distintos montos que suman 7,830.00 nuevos soles; sin embargo, analizados los medios probatorios incorporados al proceso, se ha establecido que en dicha asignación también tuvieron participación el Director Administrativo y el Director de Personal, lo que generó los comprobantes de pago visados por el Director de Economía (contador público colegiado) y el Tesorero, es decir los actos previos y posteriores para efectivizarse los pagos de racionamiento al personal contratado por servicios no personales, con la aprobación de los funcionarios antes señalados encargados de verificar el uso idóneo del presupuesto de la entidad agraviada, quienes al advertir que se trataba de un pago reglamentado no objetaron y procedieron a visar; lo cual desvirtúa los cargos imputados a la procesada Riva Reátegui.

**4.4.3. Con relación a la acusada LOZANO ALVAN,** a quien se le atribuyó que en su condición de encargada de los fondos para pagos en efectivo de la Dirección, permitió hacer los pagos indebidos por distintos conceptos en beneficio de terceros; sin embargo verificadas las boletas de venta, facturas y recibos por honorarios obrante en los folios setecientos treinta y uno a setecientos cuarenta y nueve y de folios setecientos sesenta y cuatro a setecientos setenta y tres, no se evidencia que el citado procesado hubiera intervenido en tales hechos; por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley.

**4.4.4. Procesado MARÍN ALIAGA,** en su condición de Asesor de Infraestructura dio conformidad al servicio prestado por contrato de locación de servicio N° 282-99 sobre Conclusión de Reacondicionamiento y Rehabilitación del Centro de Salud e Iparía; de los medios probatorios se ha establecido que el citado encausado se constituyó in situ a la localidad de Iparia para verificar la ejecución del contrato de locación ya mencionado, para luego conjuntamente con los demás funcionarios de la entidad, suscribir el acta de acusado con los demás funcionarios de la entidad agraviada suscribir el acta de conformidad; tal conducta es indiferente con los presupuestos establecidos en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, desde que no ha tenido relación funcional con la custodia o administración de los bienes de la agraviada.

**4.4.5. De la procesada SALAZAR VEGA**, quien se desempeñó como Directora de Economía, en tal condición efectuó pagos por la suma de 7,830.00 nuevos soles por racionamiento del personal contratado por servicios no personales; al respecto, ya se ha señalado con anterioridad que estando al Informe número 053-2000-CG/P730, desvirtuó tales cargos.

**4.4.6. Respecto de los procesados don Jorge Alberto COLLANTES SILVA y don Nilson COLLANTES SILVA**: el primero en su condición de propietario de la empresa Constructora Collantes EIRL y el segundo como representante de la misma; los cargos formulados por el Ministerio Público se concretan en que al realizar las obras y/o servicios y también los cobros efectuados, eludiendo su responsabilidad, utilizaron el nombre de don Juan Medina Aguirre en la rehabilitación y reacondicionamiento del Centro de Salud de Iparia y el Puesto de Salud de Colonia del Caco, produciéndose duplicidad de partidas e incumplimiento hasta por la suma de 9,411.00 nuevos soles.

Revisados el Informe 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI, en él se mencionan las deficiencias e irregularidades en la ejecución de dichas obras, cuestionando el contrato N° 289-99, por la existencia de duplicidad de partidas ejecutadas con un contrato anterior (197-99) a nombre de don Santos Peña Encinas; sin embargo al respecto solamente existe la información contenida en el Informe Físico Técnico Financiero de la obra, confeccionado por el ingeniero civil don César Enco Paredes, sin otro medio probatorio que corrobore, sin antecedentes documentales y/o anexos del mencionado informe y de esa forma realizar el cotejo correspondiente y establecer que la entidad agraviada haya desembolsado dinero en duplicidad por servicios ya prestados; de

lo que se colige que la ejecución del contrato número 289-99, se llevó adelante previo procedimiento formal y el proveedor efectivizó el cobro por honorarios profesionales por el servicio prestado.

**4.4.7. Respecto de la procesada RUIZ ARMAS;** en su condición de representante de la empresa "Alfa" Viajes y Servicios Generales, se le atribuye que como de proveedora haber cobrado pasajes por servicios de transporte de los funcionarios de la entidad que no fueron utilizados y a la vez cobró en exceso por el servicio de vuelo charter, ocasionando perjuicio por la suma de 14,211.20 nuevos soles. Analizados los medios probatorios pertinentes al caso, si bien en el cuadro ilustrativo de pagos indebidos de pasajes efectuados en el año mil novecientos noventa y nueve, se indicó que en las fechas se encontraban prestando servicios en lugares distintos, sin embargo no obra medio probatorio que acredite tal afirmación, de ahí que el cobro efectuado por la empresa proveedora es legal, tampoco se ha acreditado que la citada empresa se haya beneficiado económicamente efectuando cobros excesivos, en perjuicio de la entidad agraviada.

**4.4.8. Respecto del procesado ODICIO PINEDO**, propietario de la empresa "Servicios múltiples", a quien se le atribuyó haberse beneficiado económicamente por servicios no prestados de reparación y mantenimiento de botes de madera de los diferentes establecimientos de salud; al respecto, en el folio novecientos trece, obra la orden de servicio número 3024, emitida por la Dirección Regional de Salud de Ucayali, suscrito por el Director Ejecutivo de Administración a favor del procesado Odicio Pinedo, por servicio de reparación y mantenimiento de dos botes de madera de los establecimientos de salud de Cunchuri y Galilea, especificando las medidas como el ancho, largo y alto; y en el folio doscientos noventa y cinco obra la respectiva acta de conformidad de cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve; asimismo en el folio novecientos diecinueve, corre la orden de servicio número 2603 de quince de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, por el mismo servicio respecto de los establecimientos de salud de Abujao y Vinuncuro, así como en el folio novecientos veintiuno, se hallan la respectiva acta de conformidad de dieciocho de octubre del mismo año, suscrita por la Coordinadora del Programa de Salud Básica para Todos y por el Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento; por tanto, estando a los documentos señalados se colige que el citado proveedor cumplió con el contrato.

**4.4.9. Respecto de la procesada GARAY TELLO;** a quien se le imputó que en su condición de Directora de Personal de la Dirección Regional de la entidad agraviada, permitió el pago de planilla de racionamiento al personal del equipo de gestión; obrando la relación de funcionarios que recibieron dicho concepto en el folio quinientos sesenta y cuatro, apreciándose que en el periodo de mil novecientos noventa y ocho, se efectivizó el pago por la suma de dos mil seiscientos noventa y cinco nuevos soles y en mil novecientos noventa y nueve, por la suma de tres mil doscientos noventa y cinco nuevos soles; sin embargo, de la remisión del Informe tantas veces citado N° 053-2000-CG/P370 que contiene la Auditoría Financiera al Convenio de Donación N° 527-0366, suscrito por los gobiernos del Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, administrado por el Ministerio de Salud período 1998-1999, en su página diecisiete no se cuestiona el mencionado pago de racionamiento, por lo que es válido concluir que dichos pagos fueron regulares.

**4.4.10. Respecto de la acusada MORENO PÉREZ;** quien se desempeñó como cajera-pagadora, facilitó el pago a los procesados hermanos Collantes Silva; sin embargo, estando al análisis efectuado en el rubro que correspondió a los mencionados procesados, se estableció que dichos pagos se efectuaron en atención a los contratos de locación de servicios 282-99 y 544-99, correspondiente a reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de atención médica del Centro Modelo de Iparia y de Colonia del Caco, con lo que queda acreditada la existencia de dichos contratos y luego del servicio prestado, los escalones respectivos de la agraviada confeccionaron los comprobantes de pago y órdenes de servicio del proveedor don Juan Medina Aguirre, quien fue representado por el mérito de los poderes firmados notarialmente otorgado por los hermanos Collantes Silva.

**4.4.11. Respecto del procesado ROJAS MATURANO;** en su calidad de Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento, imputándosele haber suscrito el acta de recepción de la obra del contrato 544-2000,por servicio de mantenimiento y reparación de infraestructura a todo costo del Centro Modelo de Iparia; al respecto, como ya se ha señalado, en la ejecución de dicha obra no se ha detectó irregularidades de contenido penal; además el procesado no actuó sólo en el acta de conformidad de dicha obra, sino conjuntamente con otros funcionarios en cumplimiento de sus respectivas funciones, previa verificación in situ.

**4.4.11. Respecto de los procesados NÚÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ Y VILELA VARGAS**; atribuyéndose al primero y segundo en sus calidades de Directores de Logística, en distintos períodos, y el tercero en su condición de Coordinador Regional del Programa Seguro Escolar Gratuito, que permitieron la adquisición de medicamentos sobrevaluados, repuestos y otros bienes con precios igualmente sobre valorados; evaluado el cuadro de adquisición de medicamentos adquiridos en mil novecientos noventa y nueve ,ingresaron al almacén de la Dirección Regional de Salud de Ucayali, donde los responsables de cada área procedieron a dar su conformidad, sin que de ello emerja prueba idónea que acredite el pago en exceso a los proveedores; si bien el Informe especial 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI del órgano de Control Interno, cuestionó haberse fraccionado las adquisiciones pese a la prohibición de la norma; en todo caso se trata de una irregularidad administrativa. Asimismo, respecto de la adquisición de repuestos y otros bienes, conforme al cuadro de adquisiciones, de folio ochocientos setenta y uno, obra la orden de compra-guía de internamiento número 1120 de ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve a favor de Representaciones "Hanley Toyorep" EIRL, por la compra de cuatro llantas, cuatro cámaras y un guarda cámaras, conforme a la orden de compra-guía de internamiento N° 1547, de siete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, así como la orden de compra-guía de internamiento N° 1546 a favor de la citada empresa, así como la orden de compra-guía de internamiento N° 2883 de siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve a favor de Factoría Sánchez EIRL por servicios de reparación y mantenimiento a todo costo de una camioneta por la suma de 1921.00 nuevos soles; y la orden de compra –guía de internamiento N° 2401 a favor de "World" EIRL por la compra de seis carpas de campaña; de todo ello se desprende que no existen suficientes elementos probatorios para establecer que el procesado Núñez Paredes en su condición de Jefe de Logística haya sobre valuado los precios de bienes adquiridos, los cuales a su vez fueron registrados como ingresados a los almacenes de la entidad.

**4.4.12. Respecto de la procesada CHAVEZ CRISTÓBAL**; a quien se le atribuyó que en su condición de Coordinadora del Proyecto 2000, permitió el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales. Estando al Informe de Contraloría 053-2000-CG/P370, los cargos que se le atribuyó se encuentran desvanecidos.

**4.4.13. Respecto de la procesada MORY GONZÁLES VÍA**; Coordinadora del Programa de Salud Básica Para Todos, firmó las actas de conformidad referente a la reparación y mantenimiento de microscopio y botes de distintos establecimientos; al respecto en los folios novecientos dos y novecientos tres obran las órdenes de servicio de la Dirección Regional de Salud a favor de don Ausberto Odicio Pinedo por la reparación de veintiún microscopios, autorizada por el Director Ejecutivo de Administración, por el Jefe de Adquisiciones, por el Director de Logística, por la Jefatura de Abastecimientos y por la procesada en su calidad de Coordinadora y en el folio novecientos siete, obra el acta de conformidad, de veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, suscrito por la Unidad de Abastecimiento y Logística, por el Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento, por el Jefe de Taller de Mantenimiento y por la procesada Gonzáles Vía, sugiriendo su cancelación por el servicio prestado, de lo que se colige que el pago fue regular, aunado a ello la versión del procesado Odicio Pinedo en el folio mil trescientos ochenta y dos donde refirió haber realizado la labor de reparación y mantenimiento de veintiún microscopios, lo cual desvirtúa los cargos imputados a la citada procesada. Asimismo, con relación a la reparación y mantenimiento de los botes de madera, dichos cargos ya fueron analizados en el acápite 4.4.8 al analizar la situación jurídica del procesado Odicio Pinedo.

**4.4.14. Respecto del procesado FERNÁNDEZ CAPCHA**; en su condición de Director Ejecutivo Administrativo de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, en el período veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho hasta el mes de enero de dos mil uno a quien se le atribuyó que mediante memorándums autorizó la adquisición de medicamentos sobre valuados por la suma de s/.37,243.39 nuevos soles; al respecto en el folio ochocientos cincuenta y cinco obra el oficio número 001-01CF-HAN 2-YC de veintitrés de febrero de dos mil uno, remitido al Director Ejecutivo el Hospital de Apoyo N° 2 Yarinacocha, donde informó cuáles son los criterios técnicos que se deben tomar en cuenta para la adquisición de medicamentos para la Farmacia y Seguro Escolar Gratuito (Medin), los que se formulan en base a las directivas enviadas por DIGEMID y S.E.G. ( como la descripción del producto, presentación del producto, laboratorio fabricante, país de procedencia, descripción del envase inmediato y mediato, número de registro sanitario, vigencia del mismo, farmacopea de referencia, fabricación nacional o extranjera).

En base a dichos documentos se tiene que todos los medicamentos adquiridos en el año 1999 y 2000 que están consignados en el Cuadro de Adquisiciones de Medicamentos ingresaron al Almacén de la entidad agraviada, donde los funcionarios responsables de cada área procedieron a dar su conformidad; si bien el Informe especial 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI del órgano de Control Interno, cuestionó haberse fraccionado las adquisiciones pese a la prohibición de la norma; en todo caso se trata de una irregularidad administrativa.

Asimismo, respecto de la adquisición de repuestos y otros bienes, este punto ya se trató ampliamente en el apartado **4.4.11.** al analizar la conducta de los procesados NÚÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ Y VILELA VARGAS, a quienes se les imputó los mismos cargos.

Igualmente sobre los cargos de haber autorizado pagos indebidos a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales; este extremo ya se analizó en el acápite **4.4.9.** al abordar la conducta atribuida a la procesada GARAY TELLO, a quien también se le imputaron los mismos cargos.

**4.5. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS:**

Revisados de manera exhaustiva los medios probatorios adjuntados como anexos al Informe Especial N° 001-2000-CTARU-

DRSSU-OAI y los actuados a nivel jurisdiccional, la acusación fiscal se apoya en copias simples, circunstancia que imposibilitó la actuación de una pericia de grafo técnica sobre los documentos cuestionados, siendo así, los cargos atribuidos por este motivo resultan sin fuerza acreditativa.

**4.6. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE FALSEDAD IDEOLÓGICA, atribuida a los procesados: RIVA REÁTEGUI, VILELA VARGAS, CASTRO RONCEROS, TACANGA LOPEZ Y FERNÁNDEZ CAPCHA**; estando a los mismos defectos, en la acusación escrita del representante del Ministerio Público, no existe un hecho concreto atribuido a los encausados que indique en qué documentos se habría plasmado la falsedad o en todo caso la alteración de la verdad respecto al hecho ocurrido, lo que imposibilita analizar en concreto la conducta de los procesados para establecer configuración del tipo penal de falsedad ideológica, porque se debe acreditar el documento donde se haya consignado un hecho que en la realidad no ocurrió o en todo caso que haya acaecido de manera distinta.

**4.7. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE COLUSION, imputado a los procesados FERNÁNDEZ CAPCHA, CHAVEZ CRISTÓBAL, RIVA REÁTEGUI, NÚÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ, MORY GONZÁLES VIA Y VILELA VARGAS,** estando al análisis efectuado en los acápites anteriores respecto de cada uno de los contratos de ejecución de obra y de servicios, llevados a cabo dentro de los cánones regulares, no se acreditó la responsabilidad penal de los precitados, más aún ante una débil acusación sin mayor sustento fáctico del representante del Ministerio Público carente de medios de acreditación, que incuestionablemente conduce a la absolución de los imputados.

**4.8. EXTREMO CONDENATORIO: PROCESDADO FERNÁNDEZ CAPCHA,**

Se atribuye al procesado que en su condición de Director Ejecutivo, autorizó mediante memorándums en los años 1998 y 1999, pagos por movilidad local en las planillas de viáticos, por montos mayores en relación a los días realmente utilizados; al respecto en autos obran dichos documentos autorizados por el procesado y remitidos al Director de la Oficina de Logística, ordenando se elaboren las planillas por concepto de viáticos por movilidad, consignando en ellos el nombre de los beneficiarios, el monto de viáticos por día a favor del personal considerado en el Cuadro de Resumen de Pagos de "Movilidad Local" que deben ser entregados a favor de funcionarios y servidores en desmedro de la economía de la entidad agraviada.

Cabe señalar las comisiones que efectuaron tanto los funcionarios y servidores para percibir la asignación de viáticos, conforme se puede apreciar del contenido de los memorándums, fueron dirigidas a supervisar los Centros de Salud ubicados en poblaciones pequeñas, como es el caso de Pachitea, Maisea, Nuevo San Juan, Iparia, Campo Verde y otros, por lo que no se justifica razonablemente que en dichos lugares pequeños, se pueda efectuar gastos de movilidad local, toda vez que los viáticos de manera regular que se les asignó debían entenderse como gastos por alimentación, hospedaje y movilidad propiamente dicha para constituirse a dichos lugares; empero el concepto de "movilidad local" constituyó un exceso, sólo con la finalidad de beneficiar económicamente a terceros en detrimento a la entidad agraviada, contraviniendo además la Resolución Directoral N° 041-97-EF/76.01, ya que en su condición de máxima autoridad de la entidad agraviada tenía el deber de controlar y administrar el dinero de la entidad, lo que acredita su responsabilidad penal.

**4.8.1. Respecto del quantum de la pena** recurrida por el representante del Ministerio Público, es de destacar que el uso de la facultad discrecional, atendiendo a la primacía del valor justicia y desde la perspectiva de la prevención especial, en concordancia con lo establecido en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, la pena impuesta responde a su grado de responsabilidad y de afectación al bien jurídico dañado.

**4.9.** En consecuencia, habiéndose precisado los alcances del principio de imputación necesaria en el acápite: *TERCERO: Consideraciones previas: puntos II a VI;* corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación del inciso uno del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

**DECISION**

Por los fundamentos expuestos, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, **ACORDAMOS:**

**I. DECLARAR NO HABER NULIDAD** en la sentencia de tres de febrero de dos mil once, obrante en los folios cinco mil treinta y cinco a cinco mil ciento sesenta y siete; que: **1) absolvió** a doña **Norma Soledad Riva Reátegui** y a don **Edwin Vilela Vargas**, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública -falsificación de documentos en general- en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **2) absolvió** a doña **Catalina Herminia Garay de Tello**, doña **Elizabeth Chávez Cristóbal**, don **Vladimir Imael Núñez Paredes**, don **Ausberto Odicio Pinedo**, doña **Floria Ruíz Armas**, don **Nilson Collantes Silva** y don **Jorge Alberto Collantes Silva**, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general-, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado; **3) absolvió** a don **Fidel Carlos Malca Hernández,** doña **María Elisa Mory Gonzáles Vía**, don **Milton Francisco Marin Aliaga,** don **Juan Fernando Rojas Maturano**, doña **Josefa Moreno Pérez** y don **Viet Lozano Alvan**, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; **4) absolvió** a don **Walter Manuel Castro Ronceros** y don **Pacífico Cosme Tacanga López,** de la acusación fiscal por delito contra la fe pública –falsedad ideológica-, en agravio de la Dirección de Salud de Ucayali y del Estado; y a doña **Carmen Salazar Vega,** de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia, peculado y peculado agravado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general- en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado: **5) absolvió** a don **Juan Carlos Fernández Capcha,** de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado *(por adquisición de medicamentos sobre valuados, adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobre valuados, pagos indebidos por racionamiento a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales, uso y manejo de los fondos para pagos en efectivo de manera irregular con comprobantes de pago observados, pagos de viáticos por servicios no realizados, pago de viáticos por montos mayores en relación a los días realmente utilizados);* y peculado agravado y contra la fe pública –falsificación de documentos en general-, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado.

**II. NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia en cuanto **condenó** al nombrado don **Juan Carlos Fernández Capcha,** como autor del delito contra la administración pública, en el tipo de peculado,(por pagos indebidos por concepto de *"movilidad local"*, utilización de unidades de transporte de la institución para el traslado de la comisión a diversos lugares, pese a la asignación de asignación por movilidad, en el período mil novecientos noventa y nueve); y le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de un año; inhabilitación por igual plazo, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijó en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la entidad agraviada.

**III. EXHORTAR** a los Jueces Superiores Boza Olivari, Rivera Berrospi y Guzmán Crespo, poner mayor celo en el desempeño de sus funciones.

**IV. CONSTITUIR** precedente vinculante con la presente Ejecutoria Suprema en lo concerniente a las precisiones y alcances del principio de imputación necesaria en contraposición con el principio de "plazo razonable" que se detallan en los puntos II al VI, del acápite Tercero: "consideraciones previas" de la presente resolución.

**V. MANDAR** se publique el presente fallo en el Diario Oficial "El Peruano", con lo demás que contiene y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez, por período vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana. Notifíquese conforme a ley.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

**J-908175-1**

# LECTURA Nº 15

# El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión

## Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín

Serie Informes Defensoriales - Informe Nº 168




# El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión

## Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín

Informe Defensorial Nº 168
El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín

Defensoría del Pueblo
Jirón Ucayali 394-398
Lima-Perú
Teléfono: (511) 311-0300
Fax: (511) 4267889
E-mail: defensor@defensoria.gob.pe
Portal: www.defensoria.gob.pe
Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición: Lima, Perú, Diciembre 2014.
1,000 ejemplares

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado
www.gobernabilidad.org.pe

Se autoriza la reproducción total o parcial de esta publicación, bajo la condición de que se cite la fuente así como el nombre de la persona que brinda el testimonio.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2014-19250.

Este informe Defensorial ha sido elaborado por el equipo que conforma el Programa de Ética Pública, Prevención de la Corrupción y Políticas Públicas, adscrito a la Adjuntía para la Prevención de los Conflictos Sociales y la Gobernabilidad a cargo de Rolando Luque Mogrovejo, integrado por las comisionadas y comisionados: Marcia Águila Salazar, Susana Chia Odar, Jim Pissani Segura y Melissa Valle Molina; además del voluntario de *Scope Global* (Cooperación Australiana), José González Gutierrez; la practicante Marudy Yllesca Díaz; y, la asistente administrativo-legal, July Armas Rojas; todos y todas, bajo la dirección de Eduardo Luna Cervantes, Jefe del Programa. El informe se elaboró sobre la base del documento-producto elaborado por Wilson Hernández Breña del Centro de Investigación Aplicada al Desarrollo, consultor contratado para esta investigación por el Programa Ambero de la GIZ - Cooperación Alemana en el Perú, y su equipo de trabajo.

Impreso en: RS Servicios Gráficos SAC
RUC. 20492577244

**PRESENTACIÓN**.....13

**INTRODUCCIÓN**..... 15

**CAPÍTULO I**

**CONSIDERACIONES GENERALES** .....21

1. Problemática.....21
2. Competencia de la Defensoría del Pueblo ..... 27
3. Objetivos de la investigación ..... 30
4. Delimitación de la investigación: ámbito geográfico y delitos analizados ..... 31
5. Metodología de la investigación ..... 33
6. El contexto de las Fiscalías Provinciales Corporativas Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios ..... 37

**CAPÍTULO II**
**RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LAS CARPETAS Y DISPOSICIONES DE ARCHIVO POR DELITOS DE PECULADO Y COLUSIÓN** ..... 41

1. Consideraciones generales sobre las denuncias archivadas por los delitos de peculado y colusión ..... 41

   1.1. Perfiles de denuncias archivadas por delitos de peculado y colusión ..... 41

      1.1.1. Datos generales.....41

      1.1.2. Identificación de los perfiles más frecuentes de las denuncias archivadas ..... 43

         a. Sujeto que presenta la denuncia ..... 43

         b. Principales entidades afectadas ..... 46

c. Número de denunciados ..... 48
d. Principales cargos que ocupan las personas investigadas .. 49

1.2. Modalidades más frecuentes en las que se cometen los delitos de peculado y colusión ..... 51

1.3. Acerca de los casos de corrupción que ingresan al subsistema anticorrupción ..... 55

2. Diligencias Preliminares: extensión y principales actuaciones ..... 61

2.1. Extensión de las diligencias preliminares ..... 61
2.1.1. Principales actuaciones ..... 70
2.1.2. Duración de las actuaciones más frecuentes ..... 75

2.2. Toma de declaraciones en sede fiscal: importancia estratégica... 81
2.2.1. Niveles de concurrencia de los citados ..... 82
2.2.2. Medidas adoptadas para evitar la inconcurrencia ..... 87

2.3. Obtención de documentación de entidades públicas ..... 88
2.3.1. Canales utilizados por los fiscales para obtener documentación ..... 89
2.3.2. Niveles de eficiencia de los canales ..... 92
2.3.3. Otras fuentes accesibles de información documental .....96
2.3.4. Acerca de la normativa de conservación y eliminación de documentos ..... 99

2.4. Pericias y su rol en las investigaciones en los delitos de peculado y colusión .....102
2.4.1. Tipos de pericias más frecuentes ..... 102
2.4.2. Niveles de realización y de efectividad ..... 104
2.4.3. Frecuencia con la que el fiscal ordena la pericia .....107
2.4.4. Oferta de peritos y demanda de su trabajo.....113

3. Evaluación general del archivo fiscal y de la disposición de archivo..117

3.1. «Archivos inadecuados»: proporciones y características .....117
3.2. Explicaciones de fondo ..... 119
3.2.1. Investigaciones poco profundas .....120
3.2.2. No planificación de diligencias importantes .....123
3.2.3. Dificultades para establecer la relación funcional .....126
3.2.4. Otras controversias jurídicas ..... 128

3.3. Proporción de diligencias realizadas en los archivos inadecuados ..... 130
3.4. Evaluación de la disposición de archivo: criterios clave y resultados ..... 134
3.5. Medios probatorios e indicios : aporte y valoración ..... 145
3.6. Principales justificaciones encontradas en las disposiciones de archivo ..... 148
3.7. Factores que elevan la probabilidad de tener un archivo Inadecuado ..... 151

4. Acerca del Recurso de Elevación de Actuados y su función en el modelo procesal penal ..... 153
4.1. Plazo para impugnar una disposición de archivo ..... 155
4.2. Deficiencias en la construcción y estructura de las disposiciones que resuelven los recursos de elevación de actuados ..... 156
4.3. Anulación de disposiciones de archivo e ineficiencia de diligencias adicionales dispuestas ..... 158
4.4. Discrepancias interpretativas sobre la notificación de los sujetos legitimados y del plazo para interponer el Recurso de Elevación de Actuados ..... 162

**CAPÍTULO III**

**ASPECTOS DE POLÍTICA Y DE GESTIÓN ADVERTIDOS QUE INCIDEN EN LA LABOR FISCAL** ..... 171

1. Aspectos de lineamientos de política advertidos que inciden en la labor fiscal ..... 171
1.1. Regulación normativa del archivo fiscal y su concepción como Lineamiento ..... 171
1.2. Plazos legales para la investigación preparatoria: modificaciones y discrepancias ..... 174
1.3. Generalidad en los lineamientos de política que inciden en la investigación ..... 177
1.3.1. De manuales a protocolos, de directrices a lo operativo... 179
1.3.2. Guías de investigación generales, no conocidas y poco difundidas ..... 182
1.3.3. Otros lineamientos de política formales e informales .....185

1.3.4. Resistencia a establecer protocolos por el peso de la individualidad del caso y de la investigación ..... 196

1.4. Prevalencia de la visión individualista del caso por encima de la transversal y general ..... 198

1.4.1. Exacerbación del principio de autonomía ..... 200

1.4.2. Principio de jerarquía como sujeción y menos como coordinación ..... 201

1.4.3. Gestión poco desarrollada y organización lotizada ..... 203

1.5. Consideraciones sobre el Reglamento de Funciones de Fiscales Coordinadores.....206

1.5.1. Reglamento con funciones generales .....207

1.5.2. Funciones a realizar por los coordinadores ..... 213

1.6. Consideraciones sobre el rediseño del Despacho Fiscal ..... 216

1.7. Inexistencia de criterios formales sobre la relevancia jurídica de los casos ..... 218

1.7.1. Priorización de denuncias: relevancia social y probabilidad de prosperar ..... 219

1.7.2. Concepción de eficacia y su efecto .....220

1.7.3. Resolución de recursos de elevación de actuados y su efecto ..... 223

1.8. Discreta política de generación de competencias y manejo de recursos humanos ..... 225

1.8.1. Capacitación: poca formación y especialización ..... 226

1.8.2. Asistentes en función fiscal: insuficiente formación y capacitación ..... 233

1.8.3. ¿Fiscales para toda etapa de la investigación y del proceso, o fiscales especializados? .....235

1.9. Rotación de fiscales ..... 237

2. Aspectos de Gestión advertidos que inciden en la labor fiscal ..... 240

2.1. Fiscalías de Coordinación: estilos de liderazgo y desempeño ... 240

2.1.1. Estilos de coordinación .....241

2.1.2. Estiloproactivo.....244

2.1.3. Estilo de administración abierta .....246

2.1.4. Estilo de organización lotizada pura ..... 249
2.1.5. Estilo de desorganización con dinámica ..... 250

2.2. Débiles controles de la calidad del trabajo fiscal: numerosos mecanismos, pero algunos de efectividad limitada ..... 252
2.2.1. La "juridicialización" del control de calidad del trabajo fiscal ..... 253
2.2.2. Percepción de mecanismos de control del trabajo fiscal .. 255

2.3. Sistema de Gestión Fiscal: Beneficios e incentivos negativos ..... 261
2.3.1. Limitada visión estratégica del SGF..... 262
2.3.2. Problemas con el funcionamiento del SGF..... 266
2.3.3. El SGF y los incentivos no deseados ..... 269

**CAPÍTULO IV**

**LA INCIDENCIA DE ACTORES CLAVE EN LA LABOR FISCAL: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN** ..... 273

1. Rol estratégico de la Contraloría en las diligencias preliminares en delitos de colusión y peculado ..... 274
1.1. Ventajas estratégicas de los informes de la Contraloría que encuentran responsabilidad penal ..... 275
1.2. Ausencia de un criterio unificado con las Fiscalías Anticorrupción para diferenciar evidencias que revelan infracciones administrativas y delitos de corrupción de funcionarios ..... 277
1.3. Duración de las acciones de control llevadas a cabo por la Contraloría ..... 280
1.4. Acerca del lenguaje técnico empleado de sus informes.. 282
1.5. Dificultades en la absolución de consultas.....283

2. Rol estratégico de la Procuraduría Anticorrupción ..... 284
2.1. Acerca de sus facultades .....286
2.2. Acerca de las dificultades que inciden en su labor .....289
2.3. Apersonamiento tardíos (después de emitida la Disposición de Archivo)..... 290

**CONCLUSIONES**..... 293

**RECOMENDACIONES** .....311

**ANEXOS**

Anexo 1: Criterios para evaluar la elaboración de las disposiciones fiscales de archivo..... 319

Anexo 2: Lista de actividades académicas promovidas por la Escuela del Ministerio Público en Áncash, Ayacucho, Junín y Lima.....322

Anexo 3: Matrices de correlación entre los criterios clave para evaluar las disposiciones fiscales.....325

Anexo 4: Estimación probit (variable dependiente: Archivos inadecuado)...327

**Índice de tablas**

Tabla 1: Actores entrevistados por distrito fiscal.....34

Tabla 2: Número de carpetas recogidas por distrito fiscal y delito (muestras representativas) .....36

Tabla 3: Cantidad de fiscales y carga promedio por Fiscalía Provincial Especializada Corporativa en Delitos de Corrupción de Funcionarios.....40

Tabla 4: Provincias y/o distritos con mayor registro de denuncias archivadas.....42

Tabla 5: Denuncias archivadas según tipo penal (en porcentajes) .....43

Tabla 6: Denuncias archivadas según denunciante (en porcentajes) ..... 45

Tabla 7: Denuncias archivadas según entidades perjudicadas (en porcentajes) ..... 47

Tabla 8: Número promedio de denunciados e investigados en denuncias archivadas .....48

Tabla 9: Modalidades frecuentes de peculado archivadas.....52

Tabla 10: Modalidades frecuentes de colusión archivadas.....54

Tabla 11: Frecuencia de la ampliación de plazos para la investigación preliminar .....66

Tabla 12: Tiempo transcurrido entre denuncia y su archivo, según interposición de recurso de elevación de actuados y constitución del fiscal (en días).....69

Tabla 13: Diligencias programadas por distrito fiscal (archivos no liminares) .....72

Tabla 14: Detalle de diligencias programadas por distrito fiscal (archivos no liminares).....73

Tabla 15: Canales empleados para acceder a información .....89
Tabla 16: Tiempos promedio para cada canal de solicitud de información...91
Tabla 17: Pericias ordenadas .....103
Tabla 18: Efectividad de las pericias en hallar indicios de peculado y colusión .....105
Tabla 19: Jurisprudencia e importancia de información obtenida .....109
Tabla 20: Disponibilidad de peritos por distrito fiscal .....113
Tabla 21: Actuaciones fiscales en archivos inadecuados (en porcentaje).....133
Tabla 22: Puntos que representan el estado mínimo ideal por categoría.... 139
Tabla 23: Aporte de cada medio probatorio y valoración dada por el fiscal.... 147
Tabla 24: Archivos inadecuados según razones de archivo .....150
Tabla 25: Efectos marginales de variables significativas sobre la probabilidad de contar con un archivo inadecuado ..... 152
Tabla 26: Modificaciones a los plazos legales de diligencias preliminares. 175
Tabla 27: Fuentes que generan lineamientos de política sobre cómo investigar .....196
Tabla 28: Funciones de los Fiscales Superiores Coordinadores y de los Fiscales Provinciales Coordinadores .....209
Tabla 29: Número de actividades académicas organizadas por la Escuela del Ministerio Público en las que participaron las fiscalías especializadas y no especializadas en delitos de corrupción de funcionarios ..... 229
Tabla 30: Definición de estilos de coordinació ..... 243
Tabla 31: Controles de calidad del trabajo percibidos por fiscales .....260

**Índice de gráficos**

Gráfico 1: Porcentaje de denuncias archivadas en Perú, Chile y Colombia ..... 24
Gráfico 2: Porcentaje de denuncias archivadas en Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, por distrito fiscal, 2011 ..... 25
Gráfico 3: Porcentaje de denuncias archivadas en Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios por distrito fiscal, para peculado y colusión, 2011 ..... 26
Gráfico 4: Cargos que oupan los investigados de denuncias archivadas..50
Gráfico 5: Tiempo transcurrido entre la denuncia y su archivo (General) .....62

Gráfico 6: Tiempo transcurrido entre la apertura de investigación y la disposición de archivo de casos complejos (en días) ..... 63
Gráfico 7: Tiempo transcurrido entre la denuncia y su archivo (por distritos).....64
Gráfico 8: Ampliación de la investigación (en días).....67
Gráfico 9: Tiempo transcurrido entre denuncia y su archivo, según tipo penal y constitución del fiscal (en días).....67
Gráfico 10: Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave (en días) ..... 77
Gráfico 11: Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave en Áncash (en días) .....78
Gráfico 12: Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave en Ayacucho (en días)..... 79
Gráfico 13: Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave en Junín (en días).....80
Gráfico 14: Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave en Lima (en días) ..... 81
Gráfico 15: Toma de declaraciones no realizadas y reprogramadas (archivos no cuestionados e inadecuados)..... 82
Gráfico 16: Índice de efectividad de pericias para hallar indicios de peculado y colusión .....105
Gráfico 17: Denuncias archivadas con pericia ordenada .....112
Gráfico 18: Porcentaje de archivos inadecuados .....119
Gráfico 19: Categorías para evaluar las disposiciones fiscales ..... 135
Gráfico 20: Evaluación de las disposiciones fiscales por distrito fiscal 136
Gráfico 21: Evaluación de las disposiciones fiscales de archivo por distrito fiscal ..... 137
Gráfico 22: Evaluación de las disposiciones de archivo por delito.....138
Gráfico 23: Resultados de la calificación de expedientes por categoría.....141
Gráfico 24: Resultados de la calificación global de expedientes por distritos y total ..... 142
Gráfico 25: Razón del archivo según las disposiciones fiscales .....149
Gráfico 26: Porcentaje de archivos donde se interpuso el recurso de elevación de actuados .....154
Gráfico 27: Sujeto que interpuso el recurso de elevación de actuados.. 163
Gráfico 28: Evolución del número de actividades académicas organizadas por la Escuela del Ministerio Público en las que participaron las fiscalías especializadas y no especializadas en delitos de corrupción de funcionarios ..... 231
Gráfico 29: Estilos de coordinación .....242

# PRESENTACIÓN

Para la Defensoría del Pueblo el servicio de justicia siempre ha constituido una preocupación central por la incidencia que tiene en la sana convivencia en sociedad, en la efectividad de los derechos ciudadanos y en la legitimidad del Estado de Derecho.

En el Informe Defensorial N° 109, "*Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán"*, hicimos hincapié en abordar los asuntos concernientes a esta reforma desde una perspectiva integral, en el entendido que el asunto de la justicia no se circunscribe sólo al Poder Judicial, sino que existe un conjunto de instituciones y operadores que deben guiar sus esfuerzos de cambio según un plan y estrategias previamente consensuadas.

En este sentido, el Ministerio Público forma parte de esta institucionalidad llamada a impulsar la reforma de la justicia en el Perú. Una reforma que, en el ámbito de la persecución penal, se traduce en la existencia de un aparato público eficiente y eficaz que asegure que la justicia alcance a todos y todas en pie de igualdad.

Este informe sigue la senda de lo antes expresado. Se circunscribe al ámbito de la justicia anticorrupción y a las dificultades que afronta el Ministerio Público para llevar a cabo su importante labor de perseguir la corrupción en el país. Lo hace, a propósito del estudio de denuncias archivadas por peculado y colusión en el marco del nuevo modelo procesal penal que rige en nuestro país, progresivamente, desde el año 2006.

Según la VIII Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú (Proética, 2013), el 86% de la población percibe que los resultados de las denuncias por corrupción son poco o nada efectivas. ¿Por qué la ciudadanía percibe así? ¿Se trata de percepciones fundadas o infundadas? Lo ocurrido en Áncash y lo declarado por altas autoridades en los días posteriores a la detención de varias personas sindicadas como integrantes de una red de corrupción –sumado a la remoción e investigación por el Órgano de Control de varios fiscales de dicho distrito–, pueden plantear

serias dudas sobre si la cantidad y calidad de los archivos por casos de corrupción están bien fundamentados y sobre si estos son (o no) la manifestación de un fenómeno aislado y episódico.

Áncash parece el ejemplo más extremo. Sería aventurado afirmar –e injusto para la gran mayoría de fiscales honestos en todo el país– que lo ocurrido allí es el reflejo de lo que ocurre a nivel nacional. Sin embargo, sí constituye una campanada de alerta acerca de lo que puede ocurrir con las instituciones si no emprendemos seriamente las tareas de reforma, vale decir, con el presupuesto, los recursos humanos y materiales necesarios para hacer que el servicio de justicia llegue a todas y todos los peruanos.

La lucha contra la corrupción se libra, en buena medida, en el fortalecimiento de nuestras instituciones para combatir al fenómeno. Fortalecer al Ministerio Público para esta tarea debe considerarse una prioridad en la agenda pública. Esperamos que este informe defensorial pueda contribuir a dar luces sobre las reformas a emprender.

La ciudadanía está mirando con atención si el Estado peruano y los actores políticos son capaces de llevar a la práctica su compromiso por la ética pública y el combate contra la grave corrupción que nos afecta. Esperamos que todos y todas estemos a la altura de las circunstancias que nos coloca la historia, para superar este grave problema nacional y avanzar sin obstáculos la senda del desarrollo y la justicia.

Lima, noviembre de 2014.

Eduardo Vega Luna
Defensor del Pueblo (e)

# INTRODUCCIÓN

El Perú, como otros países de la región, se encuentra en medio de una transformación de su modelo procesal penal. Se trata de un cambio sustantivo, un nuevo paradigma, que busca reemplazar el viejo modelo inquisitivo por un nuevo modelo acusatorio, en el que se sustituye la figura del fiscal que participa y el juez que investiga y juzga, por la de un fiscal que investiga excluyentemente –salvo por la eventual asistencia de un procurador del Estado– y un juez que exclusivamente juzga (también actúa como control de garantía); un modelo, además, que sustituye al juez que inquiere y dirige el proceso, por la figura de un fiscal que entra en contradictorio con el imputado, compitiendo con él –y eventualmente con su defensor público– para persuadir al juez de la contundencia de las pruebas acopiadas en su investigación para probar la culpabilidad de su contraparte.

Este nuevo modelo procesal penal, además de redefinir roles, privilegia la oralidad del proceso (a través de la audiencia), en vez de la escritura, como era antes. Promueve un modelo corporativo en el Ministerio Público, en vez de exacerbar la autonomía fiscal y el trabajo individual; opta por salidas alternativas a la formalización de la denuncia, cuando existe la oportunidad de hacerlo y ante supuestos de flagrancia; además de concederle al fiscal la facultad de archivar denuncias tempranamente –sin control judicial– cuando no existe delito, el hecho sea irrelevante jurídicamente o simplemente el caso no tenga viso de prosperar de continuar su curso en el proceso penal.

Esta investigación se enmarca en este contexto de reforma, particularmente, en el ámbito de la labor de persecución de los delitos de corrupción que desarrolla el Ministerio Público. El estudio se ha enfocado en el archivo de denuncias de dos de los delitos más comunes del universo delictivo contra la Administración pública: peculado (artículos 387º y 388º del Código Penal) y colusión (artículo 384º), que en el 2012 comprendían el 42% de la carga de las Fiscalías Provinciales Corporativas Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios (en adelante, Fiscalías Anticorrupción). Para ello hemos seleccionado una muestra de 457 carpetas fiscales del total

de casos investigados y archivados en la etapa de Diligencias Preliminares de la Investigación Preparatoria. Estas carpetas corresponden a las Fiscalías Anticorrupción en las que se ha implantado un modelo corporativo para organizar el Despacho Fiscal.

Según datos del Ministerio Público, el 51% de las denuncias por peculado y el 49% de las denuncias por colusión son archivadas. Estos porcentajes se replican con fuerza en Áncash, Ayacucho, Junín y Lima, los cuatro distritos fiscales materia de este informe. Cabe anotar que el problema no es el archivo en sí mismo, pues ello está previsto en el nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP), sino el archivo indebido de denuncias.

Basada en la eficacia y en la necesidad de administrar los recursos escasos, el archivo permite a los fiscales descartar en la investigación preparatoria aquellas denuncias que no constituyan delito, no sean justiciables penalmente o presenten causas de extinción previstas en la ley, así como denuncias sin sentido, o donde no se valore el grado de afectación que sufre la entidad, para más bien, concentrarse en aquellas que tienen las características opuestas.

El problema es que junto a estos archivos no cuestionables, coexisten denuncias archivadas que debieron ser formalizadas o, como los hemos denominado, "archivos inadecuados". En Áncash, Ayacucho y Junín 1 de cada 3 archivos es inadecuado. En Lima el 14% de los archivos tiene esta característica, lo que marca una proporción de 1 de cada 7. El promedio ponderado de los cuatro distritos es de 26%.

Los archivos inadecuados son el resultado de una investigación con deficiencias marcadas, que se han identificado, evaluado y medido. Son varias las razones que permiten calificar a un archivo como tal: desidia para obtener información y realizar el peritaje necesario, falta de minuciosidad en el análisis de la información obtenida, inadecuada gestión de la obtención de la información, inadecuada valoración de la relación funcional de los implicados, falta de estrategia en la toma de declaraciones, falta de reprogramación de diligencias trascendentales, incongruencias manifiestas entre lo denunciado y las razones del archivo, entre otros. En otras palabras, un archivo inadecuado es el resultado de actuaciones fiscales no ejecutadas o mal planteadas, medios probatorios de cuyo análisis se podía extraer indicios para formalizar la denuncia, interpretaciones jurídicas erróneas, interpretaciones discrepantes con el desarrollo jurisprudencial y, en pocos casos, decisiones sin mayor lógica y conexión con la documentación recogida en la carpeta fiscal.

Por el contrario, los archivos no cuestionados en esta investigación, son decisiones ajustadas a las causales de archivo previstas en el NCPP o adoptadas sobre la base de no haberse podido encontrar indicios reveladores y suficientes para probar procesalmente la comisión del delito, no obstante la investigación realizada y aun cuando esta pudiera evidenciar alguna debilidad en el planteamiento.

El archivo inadecuado genera un alto costo para el sistema, pues genera el riesgo de impunidad al impedir que determinadas causas sigan el trámite procesal regular que puede conducirlas a un juicio oral y a una condena para los responsables de actos de corrupción. En suma, a más archivos inadecuados o indebidos, menos denuncias que se investigan, menos sentencias, menos condenas y más impunidad.

Las altas tasas de archivo, no obstante, son un indicativo para el estudio de la problemática de los archivos inadecuados. En distritos fiscales como Callao, Huancavelica y Ayacucho en el 2012 se archivaron más del 50% de las denuncias por corrupción de funcionarios públicos. En otros, como Amazonas, Pasco y San Martín, este indicador fue menor al 25%. Estas disparidades llaman la atención tratándose de Fiscalías Anticorrupción que se rigen por lógicas de funcionamiento similares, dejando de lado la idiosincrasia propia del lugar de donde proviene el denunciante.

El estudio ha identificado un conjunto de problemas en las investigaciones fiscales, muchos de los cuales se explican por diversos factores relacionados a aspectos de lineamientos de política, organización y gestión. Para solventar ello se ha tomado en cuenta declaraciones de los propios fiscales, ya que se hicieron 64 entrevistas a diversos actores que concurren en el proceso penal. El problema, por tanto, no se circunscribe a las disposiciones fiscales ni se limita a la responsabilidad de los fiscales. Ellos son parte de un sistema que contiene regulaciones, estrategias, reglas informales y prácticas particulares donde intervienen otros actores del propio Ministerio Público, así como de otras entidades del sistema de justicia. En razón de lo anterior, el enfoque que adoptar este informe es integral y sistémico.

En términos generales, esto involucra tanto los lineamientos generales desarrollados por la propia entidad como las prácticas de instancias intermedias y de los propios actores encargados de ejecutarlas en el nivel más operativo, es decir, los fiscales, peritos, asistentes de función fiscal, entre otros. Paralelamente, otros actores intervienen en la formación

y la ejecución de la política trazada para perseguir la corrupción desde el Ministerio Público. Es el caso de la Policía y su Dirección Contra la Corrupción, así como la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción del Ministerio de Justicia (en adelante, Procuraduría Anticorrupción), la Defensa Pública a cargo del mismo Ministerio, y el Poder Judicial. La actuación de estas instituciones también contribuye, aunque en menor medida, al archivamiento de denuncias.

El informe se divide en cuatro capítulos. El primero está dedicado a contextualizar la problemática de los archivos, explicitar las razones que llevan a la Defensoría del Pueblo a abordar esta temática sobre la base de su competencia constitucional, a hacer referencia la metodología empleada y los objetivos que se trazaron en esta investigación, entre otras consideraciones generales.

El segundo está dedicado a presentar los hallazgos. Se trata de los resultados concernientes a la valoración de las carpetas fiscales generadas por las denuncias de peculado y colusión, y que merecieron el archivo fiscal en esta fase de las Diligencias Preliminares. Esto comprende el análisis del manejo de tiempos en diligencias y actuaciones (duración y dilación), importancia estratégica de la toma de declaraciones en sede fiscal y policial, obtención de documentación de entidades públicas, las pericias y su rol estratégico en las investigaciones.

Asimismo, este capítulo presenta el análisis efectuado a las disposiciones fiscales que, en sí, ordenan el archivo. Incluye una caracterización cuantitativa de los llamados "archivos inadecuados", así como también identifica las razones de fondo que los explican, que tienen que ver con la práctica fiscal de aspectos jurídicos y operativos relacionados con la realización de las diligencias preliminares y diversas actuaciones fiscales, en el marco del planeamiento de una investigación. Se concluye esta sección con el análisis de los recursos de elevación de actuados, previstos para revertir las disposiciones de archivo y su función en el nuevo modelo procesal penal.

El tercer capítulo se ocupa del análisis de aspectos vinculados a los lineamientos de política y gestión advertidos en el estudio y que inciden en la actuación de las Fiscalías Anticorrupción estudiadas. Se entiende, por los primeros, al conjunto de regulaciones, desde leyes hasta directivas institucionales, que buscan dar forma, especificar o desarrollar pautas para la acción del Ministerio Público y de las Fiscalías Anticorrupción examinadas. Por su parte, los aspectos vinculados a la gestión aluden a la

conducción de las Fiscalías Anticorrupción, es decir, a la administración de los recursos, herramientas e instrumentos disponibles. Esta sección también da cuenta de los estilos de coordinación advertidos en los distritos fiscales, así como de los mecanismos para el control de la calidad del trabajo fiscal, y el funcionamiento del Sistema de Gestión Fiscal, con énfasis en el control de plazos.

Las regulaciones en estos ámbitos, o la falta de ellas, explican en buen grado las razones estructurales –carencias, debilidades y fortalezas– por las que el Ministerio Público archiva las denuncias de peculado y colusión en estos distritos.

El cuarto capítulo revisa el rol estratégico de dos actores clave, la Contraloría General de la República (en adelante, Contraloría) y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (en adelante, Procuraduría Anticorrupción). Incluimos, además, breves comentarios sobre el rol de la Dirección Contra la Corrupción, y la Defensa Pública, pese a que en el primer caso prácticamente son poco recurridos por los fiscales para los casos de peculado y colusión, y pese a que, en el segundo caso, los defensores públicos básicamente intervienen luego de formalizada la investigación (defendiendo a los acusados), ámbito que queda por fuera del objeto de estudio de este informe.

El informe cierra con las secciones de Conclusiones y Recomendaciones, así como con una de Anexos, que contiene información relevante sobre la investigación.

Finalmente, debemos señalar que este estudio sobre cuatro distritos fiscales importantes en el esquema del subsistema anticorrupción ha podido revelar, que el Ministerio Público requiere ser fortalecido para llevar a cabo con mayores cuotas de eficiencia y eficacia la gran tarea de ser el órgano persecutor de la corrupción en el país. Eso implica voluntad política, presupuesto, planeamiento estratégico, gestión y, sobre todo, fiscales probos, especializados y capaces de asumir con solvencia la difícil misión que les encomienda la República.

# CAPÍTULO I
# CONSIDERACIONES GENERALES

## 1. Problemática

El archivo en sede fiscal no es una figura ajena a las reformas procesales penales en América Latina. Ha introducido la necesidad de ver al sistema penal como uno de recursos escasos, donde sólo deben prosperar las denuncias jurídicamente relevantes.

Esta búsqueda de eficiencia, en el caso peruano, ha venido acompañada de incentivos (o de desincentivos) que fomentan, directa o indirectamente, el archivo de denuncias en forma temprana o indebida. La tasa de archivo de denuncias investigadas bajo el NCPP es alta, no sólo a nivel general sino también en nuestro ámbito de estudio, las Fiscalías Anticorrupción[1]. Y hay además señales claras para preocuparse por su proporción y suponer que existe un porcentaje importante de casos que se archivan cuando en realidad deberían formalizarse para continuar con la investigación y, en una etapa posterior, y con más elementos de cargo, decidir si se acusa o se dicta sobreseimiento sobre ellos.

El nivel procurado de archivamiento de denuncias es parte central de lo que se conoce como el "efecto embudo". Uno de los objetivos del NCPP es la racionalización temprana del uso de recursos del Estado en la persecución penal, y, en efecto, es lo que ha sucedido. En el año 2010 sólo un 4% de casos denunciados ante el Ministerio Público llegó a juicio oral, y otro 12% fue resuelto en un momento previo o en lo que se conoce como salidas alternativas (principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y terminación anticipada).[2]

Que pocas denuncias lleguen a juicio oral es un resultado esperable tal como se ha configurado el sistema y tomando en cuenta los limitados

1 La mayoría de fiscalías que investigan delitos de corrupción de funcionarios son corporativas. Al cierre de este informe, las únicas excepciones eran: Amazonas, Cajamarca, La Libertad, y San Martín.

2 MINISTERIO DE JUSTICIA. Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. *Informe Estadístico Nacional 2006-2010. Reforma Procesal Penal. Hacia una Justicia Rápida y Transparente.* Lima, mayo 2011, p. 99.

recursos existentes. Se trata de una lógica de priorización desde la eficiencia que asume, además, que es virtualmente imposible perseguir todo delito de corrupción denunciado y que mejor es archivar, en forma temprana, aquellas denuncias que no tengan mayor información, relevancia jurídica o sustento. Sin embargo, que esta facultad que introduce el NCPP no tenga mecanismos de control eficientes, constituye un riesgo que, junto con otros factores como el control de plazos o la evaluación según caso resuelto, podría generar un número importante de casos archivados indebidamente.

Como todo sistema que prioriza el uso de los recursos disponibles, los indicadores de eficiencia se convierten en los estándares naturales. De ahí que el Ministerio de Justicia mida el éxito del NCPP en base a indicadores que dan cuenta del porcentaje de denuncias que se van quedando hasta antes de llegar a juicio oral: tasa de archivo, tasa de casos terminados bajo salidas alternativas y porcentaje de casos que llegan a juicio oral. Es la lógica plena del embudo y la figura del archivo de denuncias es parte central en ella.

En efecto, ese fue el mensaje transmitido institucionalmente y aprehendido a nivel individual por los fiscales. Tal como lo señaló un fiscal:

> *"Cuando yo me inicio con el Código al inicio en el 2007, vino justamente un grupo de personas de Chile. El indicador era caso resuelto. ¿Y qué nos quería decir con eso? Caso archivado. Si tú lo archivas en un caso, es nivel de eficiencia."* (Fiscal de Lima).

En ese sentido, que el 41% de las denuncias por corrupción sea archivado en las Fiscalías Anticorrupción –como se ve en el gráfico que sigue– puede ser interpretado no sólo como un signo positivo del efecto embudo producido por el NCPP, sino también como el resultado de cómo la racionalización de recursos favorece que sólo se investiguen los casos importantes o de relevancia en la persecución del delito. Si caben errores en la decisión de archivo, siguiendo estrictamente lo que señalan los fiscales, siempre subsiste la posibilidad de interponer un recurso de elevación de actuados para que el caso sea revisado por el fiscal superior. Así, el archivo que determinan los fiscales en investigación preparatoria no es estrictamente un archivo definitivo sino provisional.

En este informe se tiene una posición distinta. En la práctica, la provisionalidad del archivo es débil y tiene más características que lo consolidan como definitivo, pues sólo frente a supuestos puntuales (nueva prueba, por ejemplo) y de difícil obtención y agencia (pues depende de la capacidad y los recursos de los denunciantes) es que podrá ser reabierto. El costo de un mal archivo es, por tanto, bastante alto y difícil de revertir.

Según el Informe de la Comisión Técnica de Implementación del NCPP,

el 62% de todas las denuncias penales de los 11 distritos fiscales fueron archivadas en los cuatro primeros años de implementación de la reforma[3]. En el ámbito de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios el índice es menor: archivaron 3,475 denuncias, lo que equivale al 41% de las que recibieron en el mismo año. Si nos centramos en los delitos más frecuentes que éstas conocen (peculado y colusión), la tasa promedio de archivo es del 50%, es decir, la mitad de denuncias por estos delitos se cierra en forma temprana[4].

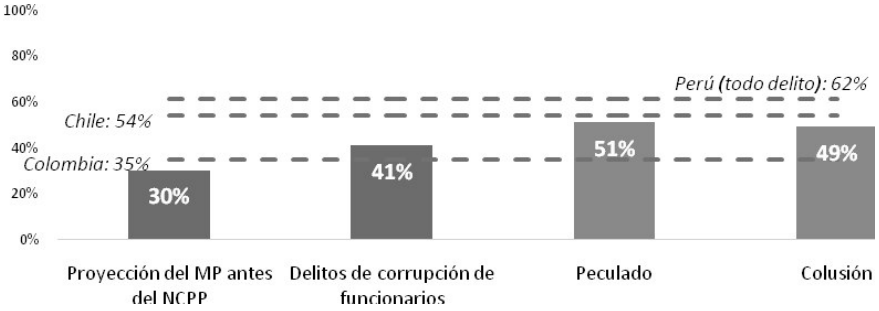
Para tener un marco de referencia, estas estadísticas fueron comparadas con estándares de otros países. Al igual que en nuestro país, en Chile y en Colombia se introdujo el modelo penal acusatorio. En estos países también se observó el efecto embudo y aun así sus tasas de archivo –Chile (54%) y Colombia (35%)–[5] fueron inferiores a la tasa de archivo peruana (62%), aunque ciertamente en momentos distintos de la reforma. Por ello, no se puede concluir que exista un problema evidente con la tasa de archivo peruana, pero sí que la misma es relativamente alta.

3 Ibíd., p. 98. De acuerdo al II Informe Estadístico Nacional 2006-2013, Reforma Procesal Penal Peruana. Justicia Rápida y Transparente del Ministerio de Justicia [Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, Lima, diciembre 2013, p. 66], desde la implementación del NCPP, en el año 2006, el porcentaje de archivos de denuncias fue de 53%; el 2007 de 64%; 2008 de 67%; 2009 y 2010 de 69%; 2011 de 65%; 2012 de 56% y, en lo que iba del 2013 –septiembre– de 31%. Así, se concluye que del 100% de casos ingresados al sistema entre el 2006 y septiembre de 2013 (982,550), el 57.43% (564,253), dieron lugar a la disposición de archivo de la denuncia presentada.

4 Es importante anotar que la Defensoría del Pueblo solicitó información estadística sobre el archivamiento de denuncias a la Fiscalía de la Nación, al Equipo Técnico de Implementación del NCPP, así como a cada distrito fiscal. En estas fuentes se hallaron ciertas discrepancias en las cifras de archivo, por lo que las cifras que hemos citado en este Informe son aquellas en donde la composición de los archivos estuvo mejor definida en el documento fuente.

5 MINISTERIO DE JUSTICIA. Op. Cit., p. 98. Los datos de Colombia corresponden a un estudio realizado –y citado en la referencia– del año 2006 (a un año de comenzada su reforma); y, los de Chile, a un anuario estadístico del Ministerio Público del 2010 (a diez años de comenzada su reforma), igualmente citado.

**Gráfico 1**
**Porcentaje de denuncias archivadas en Perú, Chile y Colombia**




Fuentes: Ministerio Público. *Propuesta del Ministerio Público para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, octubre, 2005; Ministerio de Justicia. *La reforma procesal penal peruana. Hacia una justicia rápida y transparente. Informe estadístico 2006-2010*, Lima, Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, 2011; Información proporcionada por el Ministerio Público.

Elaboración propia.

Aun cuando estos países y el nuestro tengan en común un nuevo sistema penal, las tasas de archivo no necesariamente deben ser similares. Una serie de factores podrían explicar el distinto comportamiento de los fiscales al archivar en cada país: la litigiosidad, la tasa de denuncia, la calidad de los abogados, las motivaciones para denunciar, entre otros factores. A pesar de que los referentes internacionales son importantes, lo cierto es que la realidad peruana tiene características particulares. Por ello, se contrastaron los datos con referencias propias.

Un dato interesante es la tasa de archivamiento proyectada por el Ministerio Público cuando se inició la implementación del NCPP. En un informe elaborado por dicha institución, en donde se dio cuenta de las necesidades y proyecciones del proceso de puesta en marcha del nuevo código, se proyectó, aunque sin precisar el método empleado, que la tasa de archivamiento con el NCPP sería del 30%[6]. En otras palabras, se calculó que, con el nuevo sistema, 3 de cada 10 denuncias serían archivadas, y no 6 de cada 10, como es lo que actualmente sucede.

En todo caso, lo que importa destacar es que la proyección es menor al

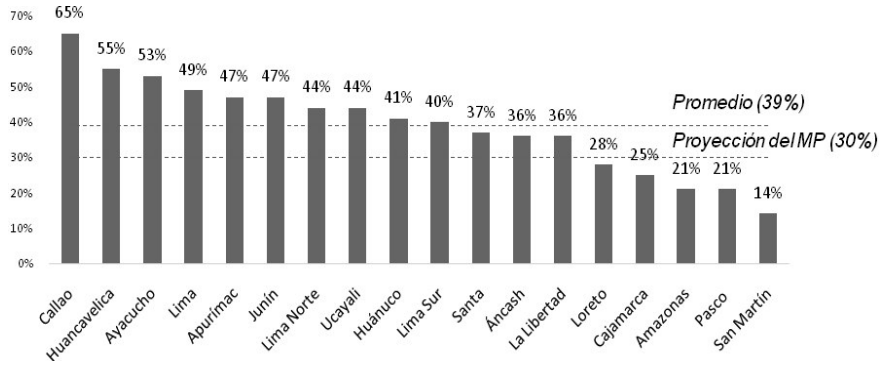
6 MINISTERIO PÚBLICO. Fiscalía de la Nación. *Propuesta del Ministerio Público para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Diseño del Nuevo Sistema de Gestión Fiscal.* Lima, abril 2005, p. 57, [en línea], (fecha de visualización el 14 de noviembre de 2014), disponible en: http://portal.mpfn.gob.pe/ncpp/files/7e4cbd_plan.pdf.

promedio de archivo nacional, así como al promedio de archivo en las Fiscalías Anticorrupción, según los propios estándares del Ministerio Público; por lo que, el nivel de archivamiento de denuncias estaría por fuera de los márgenes previstos.

Otro dato que llamó la atención fue la fuerte variación en el porcentaje de denuncias archivadas en las Fiscalías Anticorrupción. En el 2011, por ejemplo, las fiscalías especializadas del Callao y Huancavelica archivaron más de la mitad de las denuncias recibidas, mientras que en Pasco se archivó poco más del 20% y en San Martín algo más del 10%. Puesto de otra forma, en el Callao se archiva 3 veces más que Pasco y Amazonas, y 4.6 veces más que en San Martín. En Ayacucho y Huancavelica se archiva el doble que en Cajamarca.

**Gráfico 2**

**Porcentaje de denuncias archivadas en Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, por distrito fiscal, 2011**



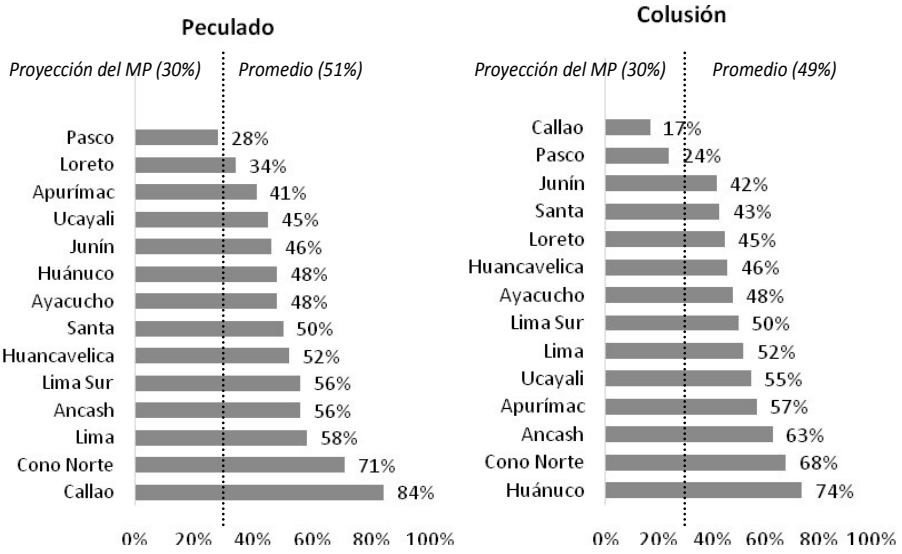

Fuentes: Ministerio de Justicia. *La reforma procesal penal peruana. Hacia una justicia rápida y transparente. Informe estadístico 2006-2010*. Lima, Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, 2011.

Elaboración propia.

Esta fuerte variación también se verificó en los delitos de peculado y colusión, delitos que también están muy por encima de la proyección hecha por el Ministerio Público (30%): peculado 51% y colusión 49% (2011).

**Gráfico 3**

**Porcentaje de denuncias archivadas en Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios por distrito fiscal, para peculado y colusión, 2011**




Nota: Téngase en cuenta que una denuncia puede ser formulada tanto por peculado como colusión. La fuente de origen no permite identificar el porcentaje de casos con este cruce.
Fuente: Información proporcionada por el Ministerio Público.
Elaboración propia.

No se puede asegurar que exista una problemática en el Ministerio Público sólo a partir de las cifras presentadas, sin embargo, estas estadísticas llaman la atención y justifican, junto con otras fuentes, la decisión de un estudio exploratorio, como plantea esta investigación.

La cuestión es determinar si estamos ante una práctica saludable y previsible para el subsistema anticorrupción o si más bien, parte importante de las denuncias no debieron ser archivadas y existen factores que están incidiendo negativamente en la eficacia para la persecución de delitos de corrupción.

Esta interrogante es nueva para nuestro medio, pero no para otros sistemas penales donde la figura del archivo igualmente rebasó los niveles esperados. Al igual que en nuestro caso, en Chile no se previó durante el

diseño ni durante el inicio del nuevo modelo procesal penal contar con una proporción tan importante de denuncias archivadas. Se le dio poca importancia hasta que se identificaron diversos incentivos que elevaban innecesariamente la tasa de archivamiento de denuncias. Recién cuando se identificó que significativamente las denuncias eran archivadas, se empezó a discutir la urgencia de regular la figura del archivo fiscal, en el marco de la reforma procesal penal en dicho país. Fruto de un proceso de estudio, en Chile se aplicó una serie de medidas correctivas para mantener el archivo provisional como una figura de racionalización siempre que no incentive la reducción de la calidad de las investigaciones fiscales. La reforma trajo consigo un incremento de las causas judicializadas.[7]

## 2. Competencia de la Defensoría del Pueblo

En el Perú es poco frecuente denunciar actos de corrupción ligados al Estado. Según Proética,[8] sólo un 5% señala haberlo hecho, lo que significaría que 19 de cada 20 casos de supuesta corrupción no son denunciados jamás, es decir, que el sistema anticorrupción no los conoce.

La decisión de no denunciar hechos de corrupción es mayoritaria y su justificación variada. La respuesta más frecuente para no denunciar se asienta en el temor que genera hacer la denuncia y en su escasa utilidad. En esa misma línea, la población considera, en un 86%, que las denuncias por corrupción son poco o nada efectivas. Por tanto, las personas no denuncian (según la Encuesta del 2012) para evitar problemas (26%) y porque sirve de poco o nada (25%), junto al 10% que señala no denunciar porque tiene la convicción de que no se sancionará el delito. Tenemos entonces que, 6 de cada 10 personas no denuncian por las características propias del sistema encargado de tramitar las denuncias. La baja confianza en instituciones como el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional acompaña esta percepción ciudadana. En cambio, sólo un 12% de personas, según la misma encuesta del 2012, manifestó no haber denunciado porque no era factible probar los hechos.

---

7 CASTILLO VAL, Ignacio, TAPIA MANSILLA, María y URZÚA SALVO, María. *Estudio sobre la aplicación de los archivos provisionales. Informe final.* Ministerio Público, mayo 2011, [en línea], (fecha de visualización 13 de abril de 2014), disponible en: www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=2450&pid=125&tid=1&d=1. Según información a la que se alude en este estudio correspondiente a los Anuarios Estadísticos del Ministerio Público Chileno, en el año 2004 terminaron judicializadas el 19.2% de las causas, mientras que no lo hicieron el 80.8%. En el año 2010, un 42.5% de las causas terminaron judicializadas y un 57.5% no judicializadas.

8 *VIII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2013*. PROÉTICA. Elaborado por IPSOS Apoyo, Lima 21 de agosto de 2013. Disponible en: http://www.proetica.org.pe/viii-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2013/

Estas cifras reflejan el imaginario habitual, no necesariamente correcto, que los ciudadanos tienen de la justicia y de las entidades que la conforman: lenta, burocrática, poco efectiva y corrupta. Un sistema de justicia percibido con tales características aleja al ciudadano y propicia que las representaciones sociales negativas sobre la justicia se asienten y refuercen.

Si bien la base de todas estas cifras son percepciones, no se debe perder de vista la conexión con un fenómeno mayor: la sensación de impunidad y la presencia de factores que la refuerzan, como el mal desempeño de las entidades públicas encargadas de identificar y sancionar a quienes cometen actos de corrupción.

De ahí que resulta importante estudiar y tener en cuenta el impacto social que tiene la persecución del delito sobre la percepción ciudadana acerca de la lucha anticorrupción. En ese sentido, es inevitable proyectar un enfoque de políticas públicas –como el adoptado en este informe– sobre el archivo fiscal de los cuatro distritos fiscales estudiados, pues sólo así puede hallarse una explicación integral y sistémica a los hallazgos, en vez de la alternativa de centrar exclusivamente el análisis en la calidad de las disposiciones fiscales que lo disponen.

A pesar de que la problemática parte de un ámbito bastante circunscrito (el despacho fiscal), la extensión de la problemática lo supera en la medida que, en conjunto, el archivamiento puede ser la razón de temas mayores (efectos colaterales y externalidades): la generación de una percepción de impunidad que alimenta la desconfianza en la justicia y que, dada la posición de ciertos grupos de la población frente a la corrupción, prolonga el uso funcional de esta.

De ahí el vínculo con la competencia institucional de la Defensoría del Pueblo. Si hay factores que están incidiendo negativamente en la Administración pública ligada al servicio de justicia, esto merece la actuación institucional en términos propositivos, como los que plantea esta investigación, puesto que los efectos nocivos que ellos traen definitivamente incidirán en los derechos de los administrados, así como en la confianza ciudadana en las instituciones democráticas del sistema de justicia.

Hay otro elemento que abona a la competencia institucional en este ámbito de la justicia anticorrupción, y es la supervisión de obligaciones legales que emanan de mandatos constitucionales y legales vigentes, que involucran al Ministerio Público y a los fiscales. En efecto, conforme a los artículos

159.1º de la Constitución Política y 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo Nº 052, corresponde a este organismo autónomo del Estado promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. De ahí que sea menester defensorial, también sobre la base del mandato constitucional previsto en los artículos 162º y 9.1º y 14º de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, aprobada por Ley Nº 26520, ocuparse de supervisar que estas funciones se verifiquen en la práctica fiscal y, de existir factores que perturben las mismas, hacer los señalamientos respectivos y formular las recomendaciones del caso para coadyuvar al Ministerio Público en las importantes labores que le competen.

No cabe duda que la delicada tarea constitucional encomendada al Ministerio Público, ejecutada debidamente, es la clave para alcanzar objetivos superiores para nuestra comunidad política, como la lucha eficaz contra la corrupción y la impunidad de sus perpetradores.

Como bien afirma el Tribunal Constitucional, en referencia al Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción,[9] en el sistema jurídico peruano el buen funcionamiento de la administración estatal constituye *un bien de índole constitucional*. De ahí que ésta tenga que estar en óptimas condiciones para llevar a cabo su cometido de perseguir y sancionar la corrupción, por ejemplo.

La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, y atenta contra la sociedad, el orden moral, la justicia y el desarrollo integral de los pueblos.[10] Los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado.[11] Ello explica por qué la lucha contra la corrupción es considerada un *mandato constitucional*[12] para el poder público y para las instituciones del Estado que lo ejercen.

9 Convención que ciertamente forma parte del derecho interno peruano en virtud del artículo 55° de la Constitución, y que es canon de interpretación para las libertades y derechos que ella reconoce, en virtud de su Cuarta Disposición Final y Transitoria.

10 *Cfr*. Sentencia del Exp. Nº 1271-2008-PHC/TC, del 8 de agosto de 2008, F.J. 8; y Sentencia del Exp. Nº 019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005, F.J. 45.

11 *Cfr.* Sentencia del Exp. Nº 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012, F.J. 15.

12 *Cfr*. Resolución de aclaración del Exp. N° 006-2006-AC/TC, de 23 de abril de 2007, F.J. 11.

### 3. Objetivos de la investigación

Revisadas las estadísticas y siendo esta una investigación de corte exploratorio, el primer paso fue determinar si realmente existía una problemática detrás de ese elevado y variable porcentaje de denuncias archivadas o, por el contrario, si ese era el porcentaje de casos que, a la luz de las denuncias presentadas, debió archivarse. Este fue el primer propósito que se trazó la investigación y se acometió con la revisión de una muestra representativa de carpetas fiscales de delitos de peculado y colusión (son los más comunes en las Fiscalías Anticorrupción y representaban –con información estadística del 2012– el 42% de sus casos a nivel nacional)[13] para cada uno de los distritos fiscales donde se focalizó este informe. Esto permitió evaluar cada disposición fiscal –bajo criterios que se detallan en el siguiente capítulo– a la luz del material probatorio consignado en cada carpeta y determinar si se trataban de denuncias archivadas inadecuadamente o no.

Con el objetivo inicial delimitado, y el problema presupuesto confirmado respecto a la existencia de «archivos inadecuados». La investigación prosiguió para la consecución de los siguientes objetivos:

- Analizar la magnitud y las razones de los archivos inadecuados de los delitos de peculado y colusión en las Fiscalías Anticorrupción de estudio, bajo un enfoque capaz de relacionar distintos niveles de decisión y actores en el contexto de la aplicación del NCPP y las regulaciones e incentivos que ha introducido.[14]

Adicionalmente, se plantearon cinco objetivos específicos:

- Estudiar cuáles son los lineamientos de política que dirigen la actuación de las Fiscalías Anticorrupción bajo examen y analizar el impacto que estos tienen en la calidad del archivamiento de denuncias, con

13 Cálculo realizado a partir de la información proporcionada por la unidad competente del Ministerio Público, en respuesta a los oficios defensoriales remitidos –detallados en el ítem i*nfra* dedicado a la metodología–, a partir de los cuales se requirió información estadística.

14 Este es el enfoque de política pública, el cual entendemos como un conjunto de objetivos, decisiones y acciones orientadas a dar solución a un conjunto de problemas priorizados y reconocidos públicamente como tales. La política pública se asienta sobre la necesidad de la coordinación y genera los incentivos para su materialización. Desde este ángulo, el abordaje de la problemática se traduciría en examinar críticamente si la manera de investigar las denuncias por corrupción en estos dos delitos y en estos cuatro distritos fiscales se condecía con una lógica de eficiencia y eficacia, a luz de los parámetros óptimos de los propios operadores; y, si la administración de recursos y la organización que propugna el Ministerio Público se rige bajo la misma lógica y en coordinación con el resto de actores.

especial énfasis en la regulación de los plazos legales, los lineamientos de investigación, la visión de política pública de persecución del delito que pueden proyectar y la gestión de los recursos humanos.

- Analizar la gestión de las Fiscalías Anticorrupción estudiadas como fuente para la actuación fiscal en el archivo de denuncias, en lo que respecta al rol de las fiscalías de coordinación, el control de la calidad del trabajo fiscal y al uso del Sistema de Gestión Fiscal como herramienta de control de plazos.

- Analizar la aplicación de las herramientas de investigación durante la etapa de diligencias preliminares en los casos archivados en las Fiscalías Anticorrupción bajo estudio, sobre todo al nivel de la toma de declaraciones, la obtención de documentación y el planteamiento y realización de pericias.

- Llevar a cabo un análisis crítico de las disposiciones de archivo, evaluándolas en función de algunas variables que permitan tener una mejor idea respecto de su calidad. Asimismo, evaluar en qué medida el trabajo que realizan los fiscales está relacionado con la calidad del archivo.

- Estudiar los roles estratégicos de actores clave como la Procuraduría Anticorrupción y la Contraloría, en términos de sus potencialidades y debilidades como factores que afectan positiva o negativamente la calidad de los archivos fiscales.

## 4. Delimitación de la investigación: ámbito geográfico y delitos analizados

Las Fiscalías Anticorrupción donde ya rige el NCPP y el modelo corporativo del despacho fiscal, tienen lógicas de funcionamiento y regulaciones similares, por lo que es más que probable que los patrones encontrados de este análisis sistemático e integral puedan corresponder también a la realidad del despacho fiscal de otras Fiscalías Anticorrupción no examinadas. Se apunta ello solo en el afán de subrayar la pertinencia de algunas recomendaciones que se formulan al final de este informe y que apuntan a relievar aspectos que deberían ser tomados en cuenta por el Ministerio Público en su propósito de fortalecer la política pública propugnada por su sector para la persecución eficaz del delito de corrupción.

Ahora bien, lo cierto es que el estudio se ha circunscrito a cuatro distritos fiscales en los que la implementación del NCPP llevaba cuando menos dos años, tiempo que se estimó como suficiente para evaluar liminarmente la adaptación fiscal al nuevo modelo procesal penal para perseguir la corrupción. Los distritos escogidos tendrían que revelar la problemática del archivamiento inadecuado de denuncias de corrupción con la nitidez suficiente para advertir factores, modalidades y espacios de mayor recurrencia. Por ello, la selección debía responder a un estudio fino de ciertas características que, en conjunto, brinden una mejor idea sobre la idoneidad de incorporar uno u otro distrito fiscal a la investigación. La selección de los distritos fiscales estuvo basada en los siguientes criterios:[15]

- Porcentaje de denuncias archivadas
- Volumen de denuncias
- Denuncias por fiscal especializado
- Percepción ciudadana de corrupción (fuente Proética)
- Valoración cualitativa del distrito fiscal (modelo, grado de implementación, otros)

La mayoría de criterios citados es de orden cuantitativo. La selección final de los distritos fiscales se hizo bajo la priorización de cada criterio, así como a partir de su evaluación en conjunto. Los criterios guía fueron el porcentaje y el volumen de denuncias archivadas.

Producto de la aplicación de los criterios anteriores, se elaboró una lista de prioridad para aplicar la investigación en los siguientes distritos fiscales:

1. Lima
2. Áncash
3. Ayacucho
4. Junín
5. Apurímac
6. Huánuco
7. Callao
8. Cono Norte

15 Para tener información que diera cuenta de dichas características que resultaron determinantes para la selección de los distritos fiscales bajo estudio, así como de los delitos a escoger, se mandaron sendos oficios (Nº 010-2013-DP/APCSG-PEPPCPP, Nº 016-2013-DP/APCSG-PEPPCPP, Nº 024-2013-DP/APCSG-PEPPCPP, Nº 029-2013-DP/APCSG-PEPPCPP, Nº 021-2014-DP/APCSG-PEPPCPP, Nº 022-2014-DP/APCSG-PEPPCPP, entre otros) de cuyas respuestas se configuraron las muestras.

Se eligieron los tres primeros distritos fiscales: Lima, Áncash y Ayacucho. Luego se incorporó a Junín al estudio con el fin de tener una mayor cobertura y buscar un mayor grado de generalización del diagnóstico hallado en el informe. El NCPP para los delitos de corrupción de funcionarios entró en vigencia en el 2011 para todos estos distritos fiscales.

El siguiente nivel de decisión estuvo en los delitos a estudiar. Se decidió priorizar los de mayor recurrencia. Se tuvo acceso tanto a información del Ministerio Público como de la Procuraduría Anticorrupción para eta tarea. En ambos casos se confirmó largamente que peculado es el delito más denunciado en las Fiscalías Anticorrupción (32%). Luego le sigue colusión (10%) y con menor proporción el resto de delitos. Ambos delitos con tasas de archivo muy elevadas: peculado (51%) y colusión (49%).

## 5. Metodología de la investigación

Este documento fue elaborado teniendo en cuenta la importancia del sostén metodológico para la construcción del análisis, de las conclusiones y de las recomendaciones. El informe está basado en la sistematización de muestras representativas de carpetas fiscales para peculado y para colusión en Áncash, Ayacucho, Junín y Lima. Esto se complementó con entrevistas, también en cada uno de estos distritos fiscales, con fiscales provinciales, fiscales provinciales adjuntos, peritos, procuradores, defensores públicos y policías; y, con el análisis de información sobre las normas que organizan y regulan a los despachos fiscales en este ámbito de estudio y, específicamente, a la figura del archivo fiscal.

Respecto de las entrevistas a profundidad, en total se realizaron 64 entrevistas en los 4 distritos fiscales bajo estudio durante los meses de diciembre del 2013 y marzo del año siguiente. El objetivo fue recoger la opinión de actores clave: fiscales provinciales, fiscales provinciales adjuntos, peritos, procuradores, policías y defensores públicos. En casos puntuales se complementó con entrevistas a periodistas y empresarios.

**Tabla 1**
**Actores entrevistados por distrito fiscal**

| Actores / Distrito Fiscal | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| Fiscales | 6 | 5 | 4 | 26 | 41 |
| Peritos | 1 | 1 | 1 | 5 | 8 |
| Defensores públicos | 1 | 0 | 1 | 0 | 2 |
| Procuradores | 1 | 3 | 0 | 4 | 8 |
| Policías (Dirección contra la Corrupción) | 1 | 1 | 0 | 0 | 2 |
| Periodistas | 1 | 1 | 0 | 0 | 2 |
| Empresarios | 0 | 1 | 0 | 0 | 1 |
| **Total** | **11** | **12** | **6** | **35** | **64** |

Elaboración propia.

Para guiar las entrevistas y abordar los temas de interés de la investigación, se prepararon cuestionarios con preguntas semicerradas. Cada entrevista duró aproximadamente entre 40 y 60 minutos. Las preguntas giraron alrededor de los siguientes temas: guías y estrategias de investigación, estrategia en diligencias preliminares, archivo y formalización, rol de la Contraloría, organización y corporativización, plazos, control de calidad y propuestas.

Las entrevistas permitieron recoger una amplia e interesante cantidad de información. Para procesarla se construyó una base de datos con agrupaciones temáticas. A cada anotación de relevancia dada por los entrevistados se le asignó una etiqueta (tema). Las etiquetas surgieron de hipótesis previas de la investigación y de la frecuencia con que el conjunto de entrevistados hacía referencia a un tema u otro.

Por otro lado, se analizó información contenida en las carpetas fiscales. Este análisis permitió tener información concreta sobre la actuación fiscal y contribuyó a dimensionar y comprender mejor la problemática del archivamiento inadecuado de casos de corrupción en los cuatros distritos fiscales seleccionados.

Para el análisis de las carpetas fiscales, se calcularon muestras representativas de denuncias archivadas por delitos de peculado y colusión

durante los años 2012 y 2013. Se decidió trabajar con carpetas fiscales cuya disposición de archivo haya sido emitida en estos dos años para tener un número importante de casos y evitar cualquier tipo de sesgo producto de una coyuntura particular.

Las muestras se calcularon en forma independiente para cada distrito fiscal y para cada delito (peculado y colusión). La razón para no obtener una muestra global para los cuatro distritos fiscales y luego distribuirla proporcionalmente radicó en el supuesto de heterogeneidad máxima: se asumió que cada distrito fiscal, más allá de las regulaciones básicas y elementales, funciona en forma bastante diferenciada del resto, lo que produce prácticas y estadísticas disímiles en muchos aspectos. Agrupar a todos los distritos y luego estratificar la muestra hubiera implicado asumir un nivel de error mayor al esperado. Además, el número manejable de distritos fiscales seleccionados para el informe permitió ser más exigente con los requerimientos muestrales.

El cálculo del tamaño de las muestras tuvo un grado de dificultad debido a que no se contó con toda la información necesaria al tiempo de realizarse el trabajo de campo. Así, teniendo certeza respecto de las cifras correspondientes a los archivos de un periodo comprendido entre los años 2011-2012, se hizo una proyección de la cantidad y proporción de archivos para el año 2013. El acierto de esta proyección fue corroborado posterior y parcialmente[16] por la información recibida por las diversas instancias requeridas del Ministerio Público. Estos inconvenientes fueron superados elevando la exigencia de las muestras y asumiendo algunos supuestos para su cálculo.

Una dificultad adicional fue que las estadísticas oficiales recibidas del Ministerio Público no permitieron identificar el número de carpetas donde concurrían los delitos de peculado y colusión. Estas estadísticas listan en forma separada la frecuencia de ambos delitos, dando la impresión que se trata de carpetas fiscales independientes cuando en realidad un porcentaje indeterminado de ellas contenía ambos tipos. Con esto se duplican registros donde concurren ambos delitos.

El inconveniente de la duplicación de registros alteraba directamente el cálculo de las muestras. Por ello, se hicieron cálculos iniciales de las

16 La información proporcionada respecto del año 2013 no permitía una comparación exacta con los periodos anteriores puesto que no permitía una distinción por separado de los delitos objeto de estudio y en cada uno de los distritos analizados. La información fue más precisa cuando provenía de los distritos de Áncash y Junín que de Lima y Ayacucho.

muestras que luego fueron actualizados con el número de registros duplicados que se identificaron en etapa avanzada del trabajo de campo (24% de denuncias fueron formuladas tanto por peculado y colusión). Esto permitió avanzar desde temprano en la investigación con la recolección de las carpetas fiscales y en la parte final del trabajo de campo completar la muestra definitiva con el número exacto de carpetas faltantes.

Todas las muestras son aleatorias simples y se trabajaron con un 90% de nivel de confianza. El nivel de error se ajustó en base las posibilidades de desplegar el trabajo de campo en cada distrito fiscal (Áncash 6.5%, Ayacucho 6.5%,[17] Junín 6.5% y Lima 7%). En total, se sistematizó información de 457 carpetas fiscales.

**Tabla 2**

**Número de carpetas recogidas por distrito fiscal y delito (muestras representativas)**

| Distrito fiscal | Peculado | Colusión | Peculado y colusión | Total (registros duplicados) | Total (registros no duplicados) |
|---|---|---|---|---|---|
| Áncash | 46 | 33 | 48 | 175 | **127** |
| Ayacucho | 56 | 12 | 7 | 82 | **75** |
| Junín | 63 | 32 | 36 | 167 | **131** |
| Lima | 68 | 39 | 17 | 141 | **124** |
| **Total** | **233** | **116** | **108** | **565** | **457** |

Elaboración propia.

Determinado el tamaño de las muestras, se procedió con la recolección de las carpetas fiscales.[18] En Áncash, Ayacucho y Junín se montaron equipos de dos personas para el registro fotográfico de las mismas, el que luego fue

17 En Ayacucho se trabajó con un error mayor (8.6%) por dificultades logísticas propias de la investigación.

18 Para la obtención de los permisos generales para acceder a las piezas procesales se coordinó con la Fiscalía de la Nación. Se hicieron, luego, coordinaciones adicionales con los fiscales superiores coordinadores en cada distrito fiscal para la presentación de los objetivos de la investigación y los permisos locales. Luego se tomó contacto con cada fiscal para poder acceder a sus carpetas fiscales para el respectivo fichaje. En todo momento, los fiscales cumplieron con su deber de colaboración y facilitaron no solo el acceso a las carpetas sino incluso también documentación adicional de interés para la investigación.

enviado a Lima para su sistematización. En Lima, se trabajó directamente con las carpetas fiscales en el mismo local de la Fiscalías Anticorrupción.

Terminada esta etapa, se inició con el proceso de revisión y organización de la información. Para ello se diseñó una ficha que permitió sistematizar la información contenida en las carpetas y generar una base de datos. La ficha fue elaborada en función a hipótesis iniciales y al objetivo de obtener información cuantitativa y cualitativa útil para los fines de la investigación. Se aplicó una misma ficha para los casos de peculado y colusión, con segmentos diferenciados cuando fue pertinente. Los bloques de información recogidos fueron: datos generales, datos de la denuncia, disposición de apertura de investigación, ampliación de plazos, obtención de información vinculada al expediente administrativo, pericia, declaraciones, documentación recabada por el fiscal, disposición de archivo, recurso de elevación de actuados, formación de indicios, diligencias, fechas importantes, entre otros. Por último, la base de datos fue depurada y tratada en un programa de tratamiento estadístico.

Adicionalmente, se trabajaron hojas de criterios objetivos para la calificación de las disposiciones fiscales (anexo 1). Estos criterios fueron luego validados con el equipo de fichaje de carpetas. También, se hicieron tres reuniones de análisis de resultados cuantitativos y cualitativos con el equipo encargado de fichar las carpetas fiscales. Estos espacios ayudaron a formar hipótesis iniciales y hallar contrastes entre distritos fiscales y entre estilos de investigación.

Trabajar a nivel cualitativo –entrevistas a profundidad con actores clave– como cuantitativo –sistematización de información de carpetas y disposiciones fiscales– permitió comprender y dimensionar mejor la problemática del archivamiento inadecuado de casos de corrupción en el Ministerio Público. Además, estos dos niveles permitieron contrastar la información que se fue obteniendo a lo largo de la investigación e ir perfilando explicaciones más profundas sobre esta problemática.

## 6. El contexto de las Fiscalías Provinciales Corporativas Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Con el fin de definir el contexto de los objetivos de investigación, a continuación se presenta información básica sobre las Fiscalías Anticorrupción.

El NCPP está vigente a nivel nacional solo para los delitos de corrupción de funcionarios. Pero no en todos existen fiscalías especializadas para

estos delitos. Dentro del ámbito de estudio, Áncash, Ayacucho y Junín cuentan cada uno con una única Fiscalía Provincial Corporativa. En Lima, funcionan dos.

La introducción del NCPP para los delitos de corrupción de funcionarios se hizo en forma progresiva desde el 2007 cuando se aplicó por primera vez en La Libertad. Para el 2010 el Ministerio Público contaba con cuatro Fiscalías Anticorrupción: además de La Libertad, Amazonas, Cajamarca y San Martín.

Luego, la Ley Nº 29648 modificó la Disposición Transitoria Única de la Ley Nº 29574, y dispuso la inmediata aplicación del NCPP para los delitos cometidos por funcionarios públicos, entre otros aspectos. El presupuesto asignado para tales fines permitió crear fiscalías especializadas solo en aquellos distritos donde el NCPP aún no había entrado en vigencia.[19]

Eso explica que hasta el 2013 eran catorce las fiscalías especializadas a nivel nacional ubicadas en los distritos fiscales de Apurímac, Callao, Huánuco, Huancavelica, Lima Norte, Lima Sur, Loreto, Pasco, Santa y Ucayali, además de las cuatro en las que se focaliza esta investigación. Luego se creó la Fiscalía Anticorrupción de Moquegua.[20]

Son dos las características que resaltan en las Fiscalías Anticorrupción. La primera es su especialización, ya que solo conocen denuncias de corrupción de funcionarios a diferencia de como se opera en los distritos fiscales sin Fiscalías Anticorrupción. En estos casos, son las fiscalías penales y mixtas las que investigan, entre otras materias, las de corrupción bajo el modelo del nuevo Código.

La segunda característica es su corporativización. A diferencia de las fiscalías penales comunes, los despachos de las corporativas están organizados para coordinar aspectos administrativos y jurisdiccionales.

19 Esta información fue corroborada por la Secretaría Técnica del Equipo de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal (Oficio Nº 306-2013-MP-FN-ETI-NCPP/ST) en respuesta a un pedido de información pública enviado por la Defensoría del Pueblo (Oficio Nº 10-2013-DP/APCSG-PEPPCPP).

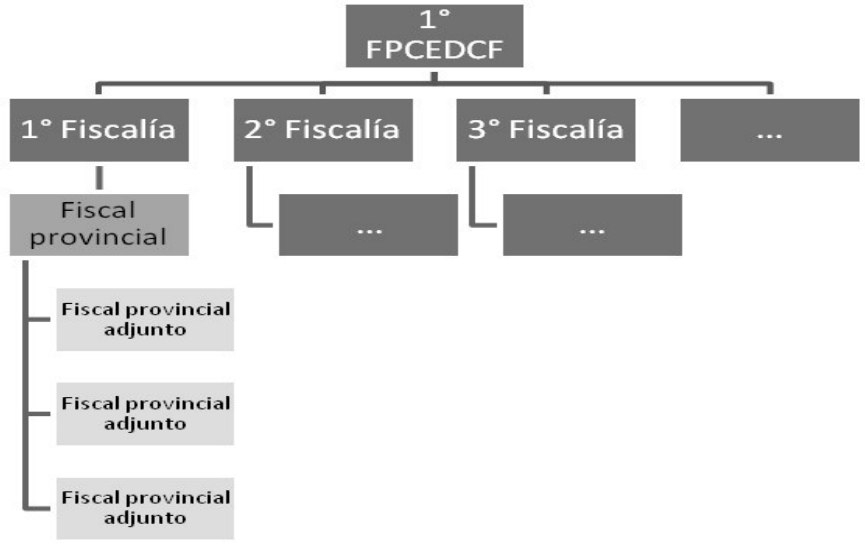
20 Según información del Anuario Estadístico del Ministerio Público al 31 de diciembre de 2013, existen 24 Fiscalías Superiores Corporativas Especializadas Anticorrupción, 1 Fiscalía Superior Supraprovincial Especializada Anticorrupción, 18 Fiscalías Superiores Especializadas Anticorrupción, 1 Fiscalía Superior Nacional Especializada Anticorrupción. En éstas operan un total de 244 fiscales entre fiscales superiores, adjuntos superiores, provinciales y adjuntos provinciales. Un dato general más, de los 4,752 fiscales a nivel nacional, el 42.3% (2,011) mantienen la condición de provisionales.

Para esto fue necesario introducir modificaciones en cómo se forman y relacionan los despachos.

En un distrito fiscal, la Fiscalías Anticorrupción es coordinada por un único fiscal, encargado igualmente de un despacho.[21] Este es el fiscal provincial coordinador. La Fiscalía Anticorrupción está conformada por varias fiscalías, lideradas cada una por un fiscal provincial. El último nivel es el de los despachos. Suele haber entre dos a cuatro de éstos por fiscalía. Uno es siempre asumido por el fiscal provincial y el resto, bajo una relación de jerarquía, por sus fiscales provinciales adjuntos. Las funciones de los fiscales de coordinación han sido reguladas por el Ministerio Público y más adelante hay una referencia y análisis de ellas.

**Ilustración 1**

**Esquema básico de las Fiscalías Anticorrupción**




Elaboración propia.

21 La presente investigación se desarrolló durante la vigencia del Reglamento de Funciones de los Fiscales Coordinadores del Código Procesal Penal, aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 242-2007-MP-FN, del 20 de febrero de 2007. Sin embargo, el 9 de mayo de 2014, dicho Reglamento quedó derogado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 1735-2014-MP-FN que aprobó el Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo.

Esta conformación ha sido recientemente modificada por el artículo 8º del actual Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo, el que está integrado por: el fiscal Superior Penal o Mixto, el Fiscal Adjunto Superior, el Fiscal Provincial Penal o Mixto, el Fiscal Adjunto Provincial, el Asistente en Función Fiscal y el Asistente Administrativo.

**Tabla 3**

**Cantidad de fiscales y carga promedio por Fiscalía Provincial Especializada Corporativa en Delitos de Corrupción de Funcionarios**

| Distrito fiscal | Fiscales provinciales | Fiscales adjuntos provinciales | Total de fiscales | Casos registrados | Cara promedio por fiscal |
|---|---|---|---|---|---|
| Amazonas | 1 | 2 | 3 | 149 | 50 |
| Áncash | 5 | 9 | 14 | 687 | 49 |
| Apurímac | 3 | 6 | 9 | 368 | 41 |
| Ayacucho | 3 | 6 | 9 | 517 | 57 |
| Cajamarca | 1 | 3 | 4 | 240 | 60 |
| Callao | 2 | 4 | 6 | 164 | 27 |
| Huancavelica | 2 | 4 | 6 | 215 | 36 |
| Huánuco | 4 | 8 | 12 | 417 | 35 |
| Junín | 4 | 8 | 12 | 626 | 52 |
| La Libertad | 2 | 2 | 4 | 301 | 75 |
| Lima | 15 | 47 | 62 | 1529 | 25 |
| Lima Norte | 2 | 4 | 6 | 387 | 65 |
| Lima Sur | 2 | 4 | 6 | 209 | 35 |
| Loreto | 2 | 4 | 6 | 353 | 59 |
| Pasco | 2 | 4 | 6 | 174 | 29 |
| San Martín | 1 | 2 | 3 | 282 | 94 |
| Santa | 2 | 3 | 5 | 285 | 57 |
| Ucayali | 2 | 4 | 6 | 263 | 44 |
| **Total** | **55** | **124** | **179** | **7166** | **40** |

Nota: Información al 2012.
Fuente: Información proporcionada por la Fiscalía de la Nación (Oficio Nº 3699-2013-MP-FN-OREF) en respuesta a un pedido de información pública enviado por la Defensoría del Pueblo.

# CAPÍTULO II

# RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LAS CARPETAS Y DISPOSICIONES DE ARCHIVO POR DELITOS DE PECULADO Y COLUSIÓN

## 1. Consideraciones generales sobre las denuncias archivadas por los delitos de peculado y colusión

En esta sección se presenta información relevante sobre las denuncias archivadas por los delitos de peculado y colusión. Se hace una reconstrucción del perfil del denunciante, de las características del hecho denunciado y de las modalidades más frecuentes en las que se cometen los delitos estudiados.

### 1.1. Perfiles de denuncias archivadas por delitos de peculado y colusión

Se ha organizado la información relevante sobre las denuncias archivadas en función de las siguientes variables: origen de las denuncias (quién la presentó), ámbito de la denuncia (entidad afectada) y cargo de los denunciados (puesto que ocupa). En esta clasificación se incorporó, como variable transversal, el tipo delictivo (peculado, colusión o ambos) con el propósito de advertir particularidades –si las hubiera– en alguno de ellos.

#### 1.1.1. Datos generales

En la muestra, el 51% de casos archivados corresponde a denuncias por el delito de peculado y el 25% a denuncias por colusión. Además, existe un 24% de denuncias vinculadas a ambos delitos.

La mayor proporción de denuncias archivadas fueron formuladas contra entidades ubicadas en la capital de la provincia más importante de la región. Esta particularidad es más común en Lima por la mayor cantidad de entidades que concentra. En Ayacucho también se observa este patrón respecto de la capital, Huamanga. En Áncash, la prevalencia de archivos se da contra entidades de Huaraz y, en Junín, contra entidades de Huancayo.

**Tabla 4**

**Provincias y/o distritos con mayor registro de denuncias archivadas**

| | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima |
|---|---|---|---|---|
| **Peculado** | Huaraz (32%) | Huamanga (57%) | Huancayo (30%) | Lima (84%) |
| | Huari (14%) | Fajardo (9%) | Satipo (12%) | Huarochirí (6%) |
| | Recuai (9%) | La Mar (6%) | Tayacaja (10%) | Huaraz (1%) |
| **Colusión** | Huaraz (42%) | Huamanga (60%) | Huancayo (39%) | Lima (94%) |
| | Pomabamba (9%) | Cangallo (10%) | Concepción (16%) | Miraflores (3%) |
| | Huari (6%) | Chiara (10%) | Tayacaja (10%) | Huarochirí (3%) |
| **Peculado / Colusión** | Huaraz (21%) | Huamanga (86%) | Huancayo (31%) | Lima (100%) |
| | Huari (19%) | Fajardo (14%) | Chupaca (11%) | - |
| | Bolognesi (13%) | - | Concepción (8%) | - |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

Otra proporción importante de denuncias archivadas corresponde a denuncias de parte (90%). En pocos casos se encontraron denuncias archivadas iniciadas de oficio (10%). Este rasgo es bastante evidente, sin embargo, a nivel de los distritos fiscales se pueden advertir diferencias. En Áncash, los archivos que corresponden a denuncias de oficio por peculado representan una proporción considerable (13%) –no se halló ninguna por colusión en nuestra muestra–. En Ayacucho, los archivos que corresponden a denuncias de oficio –de mayor cantidad respecto del resto de distritos– fue similar tanto para peculado como para colusión (16% y 17%, respectivamente); algo parecido sucede en Lima, pero en proporciones menores (6% y 5%, respectivamente). En Junín, en cambio, hubo más denuncias de oficio por colusión (9%) que por peculado (6%). En base a esta categorización es que a continuación se presenta el perfil base de las denuncias archivadas.

**Tabla 5**

**Denuncias archivadas según tipo penal (en porcentajes)**

| | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| **Peculado** | | | | | |
| De oficio | 13 | 16 | 6 | 6 | **10** |
| De parte | 87 | 84 | 94 | 94 | **90** |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |
| **Colusión** | | | | | |
| De oficio | 0 | 17 | 9 | 5 | **6** |
| De parte | 100 | 83 | 91 | 95 | **94** |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |
| **Peculado / colusión** | | | | | |
| De oficio | 2 | 0 | 8 | 12 | **6** |
| De parte | 98 | 100 | 92 | 88 | **94** |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

### 1.1.2. Identificación de los perfiles más frecuentes de las denuncias archivadas

#### a. Sujeto que presenta la denuncia

El perfil de las denuncias archivadas según el sujeto que presenta la denuncia, ofrece un panorama con matices interesantes. En principio, la principal fuente de presentación de denuncias son las personas naturales (particulares). En peculado su importancia varía entre 33% para Ayacucho, 45% para Junín y Lima; y 58% para Áncash.

En el otro extremo tenemos a las denuncias archivadas que fueron interpuestas directamente por periodistas, la prensa. Son marginales en los cuatro distritos fiscales. Es en peculado donde aparecen con menos debilidad (4% entre los cuatro distritos fiscales bajo estudio). Normalmente, las denuncias mediáticas de la prensa suelen ser acogidas como denuncias de oficio por los fiscales, pues el rol que los medios de comunicación han

asumido es denunciar en forma pública sus hallazgos. Las denuncias interpuestas por entidades privadas son también escasas, bordean el 4% para cada delito y en algunos casos ni siquiera fueron halladas en la muestra.

La participación de las Procuradurías Anticorrupción también es baja. Las denuncias que éstas presentan son más frecuentes en peculado que en colusión, probablemente porque la naturaleza del primero facilita la identificación y el acopiamiento de información para armar una mejor denuncia. En Ayacucho y Lima, el 6% corresponde a denuncias archivadas presentadas por estas Procuradurías, dato que en Junín es de 5%, pero en Áncash 0%. En colusión sólo identificamos casos en Ayacucho (9%) y Lima (3%); y cuando se trató de ambos delitos las cifras fueron las siguientes: 2% en Áncash, 3% en Junín y 6% en Lima. En el último capítulo se desarrollan algunas de las razones que explicarían esta baja participación.

Después de describir a los actores con mayor y menor participación como denunciantes, en los casos estudiados, queda un último actor: la propia entidad perjudicada. Esta fuente de denuncia se subdivide en dos grupos: un primero grupo –mayoritario– que tiene a la Procuraduría de la entidad perjudicada como denunciante y otro, de menor importancia, donde quien denuncia es la misma entidad pública perjudicada, normalmente, a través de su máxima autoridad. La opción de denunciar por uno u otro canal parecería tener relación con la fortaleza, la capacidad y el empoderamiento de la Procuraduría de la entidad, aunque también se explicaría por motivos políticos (alcalde que desea figurar como denunciante de una gestión anterior, por ejemplo).

**Tabla 6**

**Denuncias archivadas según denunciante (en porcentajes)**

| | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| **Peculado** | | | | | |
| Persona natural | 57 | 33 | 45 | 46 | **46** |
| Entidad pública | 16 | 17 | 23 | 13 | **17** |
| Procuraduría de la entidad | 9 | 20 | 13 | 21 | **16** |
| Entidad privada | 7 | 4 | 3 | 4 | **4** |
| Noticia criminal (prensa) | 4 | 0 | 3 | 4 | **3** |
| Procuraduría (MINJUS) | 0 | 6 | 5 | 6 | **4** |
| Otro | 7 | 20 | 8 | 6 | **10** |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |
| **Colusión** | | | | | |
| Persona natural | 62 | 55 | 59 | 46 | **54** |
| Entidad pública | 6 | 9 | 16 | 11 | **11** |
| Procuraduría de la entidad | 3 | 0 | 13 | 16 | **10** |
| Entidad privada | 13 | 0 | 6 | 11 | **9** |
| Noticia criminal (prensa) | 0 | 0 | 3 | 8 | **4** |
| Procuraduría (MINJUS) | 0 | 9 | 0 | 3 | **2** |
| Otro | 16 | 27 | 3 | 5 | **10** |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |
| **Peculado / Colusión** | | | | | |
| Persona natural | 59 | 72 | 58 | 23 | **53** |
| Entidad pública | 8 | 14 | 18 | 6 | **11** |
| Procuraduría de la entidad | 21 | 14 | 9 | 47 | **21** |
| Entidad privada | 4 | 0 | 3 | 0 | **3** |
| Noticia criminal (prensa) | 0 | 0 | 0 | 12 | **2** |
| Procuraduría (MINJUS) | 2 | 0 | 3 | 6 | **3** |
| Otro | 6 | 0 | 9 | 6 | **7** |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

### b. Principales entidades afectadas

Según las denuncias archivadas de nuestra muestra, las principales entidades afectadas tanto por los delitos de peculado como colusión, e incluso por ambos delitos, son los gobiernos locales. Siempre representaron más de la mitad de las denuncias archivadas (56% para peculado, 51% para colusión y 69% cuando hubo concurso de ambos delitos). En Lima, sin embargo, las denuncias contra gobiernos locales son consistentemente menores para los tres grupos de denuncias revisadas (39% para peculado, 24 para colusión y 33% para ambos delitos), pero en contrapeso son mayores para los ministerios (12% para peculado, 21% para colusión y 27% para ambos delitos).

Estos resultados son esperables. Además de haber más de mil ochocientas municipalidades distritales y provinciales, existen otros factores sociales y económicos que podrían explicar su primer lugar en la lista: debilidad de los controles institucionales contra la corrupción sobre todo en provinciales y distritos alejados, menor capacidad de gestión, desconocimiento sobre gestión pública y en algunos casos hasta dificultad para comprender que, por ejemplo, la apropiación de un bien estatal constituye delito. Tal como señalaron algunos fiscales, en zonas rurales pasaría mucho de esto último. Las carencias educativas de las personas que luego ocupan cargos públicos llevarían a algunos de ellos a cometer delitos sin que realmente lo sepan.

En la tabla se observa, también, un porcentaje considerable en la categoría otros. Este porcentaje se explica a partir de la gran variedad de entidades que tienen denuncias archivadas pero con porcentajes residuales.

**Tabla 7**

**Denuncias archivadas según entidades perjudicadas (en porcentajes)**

| | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| **Peculado** | | | | | |
| Gobiernos locales | 63 | 50 | 44 | 39 | 47 |
| Gobiernos regionales | 10 | 11 | 5 | 2 | 6 |
| Ministerios | 4 | 11 | 3 | 12 | 7 |
| Instituciones educativas | 8 | 6 | 3 | 2 | 4 |
| Unidades de Gestión Educativa Local | 2 | 6 | 2 | 5 | 3 |
| Otros | 13 | 16 | 43 | 40 | 33 |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |
| **Colusión** | | | | | |
| Gobiernos locales | 54 | 44 | 62 | 24 | 43 |
| Gobiernos regionales | 15 | 19 | 3 | 5 | 7 |
| Ministerios | 7 | 13 | 5 | 21 | 13 |
| Programas sociales | 2 | 6 | 3 | 3 | 3 |
| Municipalidad de Lima Metropolitana | 2 | 6 | 3 | 8 | 5 |
| Otros | 20 | 12 | 24 | 39 | 29 |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |
| **Peculado / Colusión** | | | | | |
| Gobiernos locales | 78 | 56 | 67 | 33 | 67 |
| Gobiernos regionales | 10 | 22 | 14 | 0 | 11 |
| Ministerios | 6 | 11 | 8 | 27 | 10 |
| Unidades de Gestión Educativa Local | 4 | 0 | 3 | 0 | 3 |
| Universidades | 0 | 11 | 3 | 0 | 2 |
| Corte Superior de Justicia o juzgados | 0 | 0 | 5 | 0 | 2 |
| EsSalud | 0 | 0 | 0 | 7 | 1 |
| Otros | 2 | 0 | 0 | 33 | 4 |
| **Total** | **100** | **100** | **100** | **100** | **100** |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

### c. Número de denunciados

En general, en cada caso de peculado hay, en promedio, tres personas denunciadas. En colusión son cuatro, e igual número cuando concurren ambos delitos. En algunos casos, durante el transcurso de la investigación, el fiscal incorporó a otras personas en su investigación. A nivel general, no se observa que se incorpore a nadie más, sin embargo, la visión por delito y por distrito fiscal ofrece otro panorama.

Por ejemplo, en Ayacucho, por peculado, se denuncia en promedio a cuatro personas y se investiga a dos. En colusión la tendencia se invierte: cuatro denunciados y cinco investigados. En Junín, por peculado, hay igual número de denunciados e investigados, dos; pero más investigados que denunciados en colusión: seis y cuatro, respectivamente.

Cada denuncia es particular. No se puede extraer de estas cifras más que un perfil general de cada delito. Pero sí se puede mencionar que hubo cierta recurrencia en algunos fiscales a limitar la investigación a aquellas personas denunciadas. Algunos tienen dificultades para ampliar la investigación a nuevos individuos que, a la luz de las pesquisas, van tomando un rol importante para aclarar los hechos o identificar complicidades.

**Tabla 8**

**Número promedio de denunciados e investigados en denuncias archivadas**

| | | Peculado | Colusión | Peculado / Colusión |
|---|---|---|---|---|
| Ayacucho | Denunciados | 4 | 4 | 5 |
| | Investigados | 2 | 5 | 6 |
| Junín | Denunciados | 2 | 4 | 4 |
| | Investigados | 2 | 6 | 3 |
| Lima | Denunciados | 5 | 4 | 6 |
| | Investigados | 5 | 5 | 5 |
| Áncash | Denunciados | 2 | 3 | 4 |
| | Investigados | 2 | 3 | 4 |
| **Total** | **Denunciados** | **3** | **4** | **4** |
| | **Investigados** | **3** | **4** | **4** |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

### d. Principales cargos que ocupan las personas investigadas

En los cargos que ocupan las personas investigadas se han encontrado patrones claros y diferenciados por delito. En principio, la dispersión de los cargos es amplia, lo que puede ser un indicativo de la expansión de los delitos de peculado y colusión en tanto estarían siendo cometidos en diversas áreas e instancias de las entidades públicas.

En las denuncias archivadas por peculado, son los jefes de área los que aparecen con mayor frecuencia como investigados (15%). Las unidades a las que pertenecen son aquellas con algún grado importante de acceso a recursos o bienes de la institución: principalmente presupuesto, abastecimiento, administración, contabilidad, logística, tesorería, personal, administración. Le siguen los alcaldes (14%), regidores (11%) y técnicos en alguna rama (mayormente enfermería, contabilidad, agropecuarios y en computación).

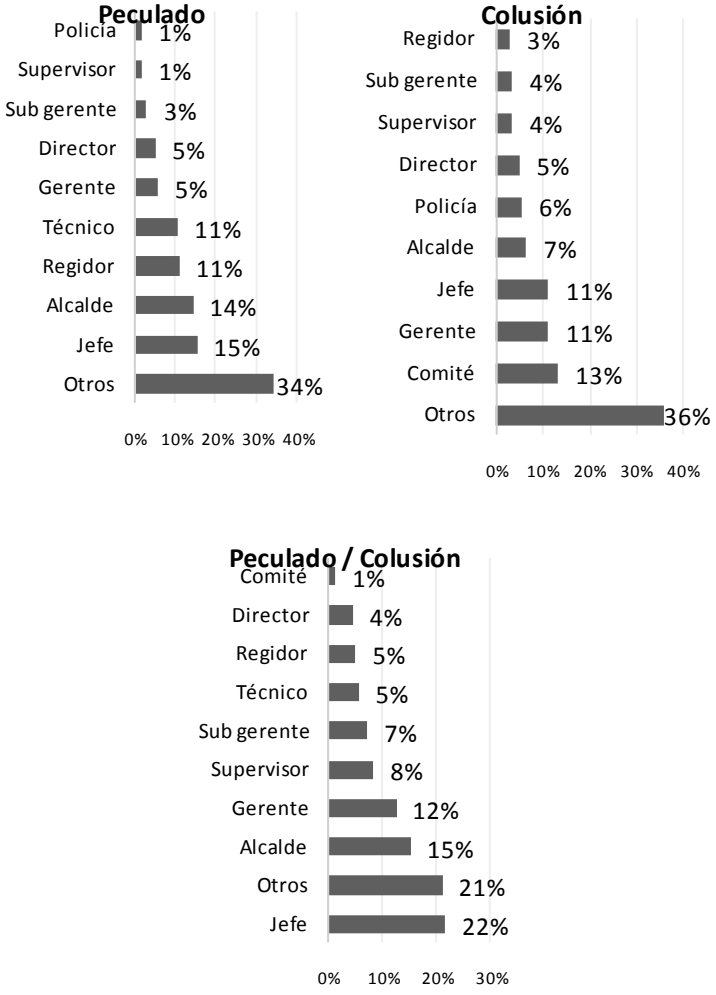
En colusión, este patrón varía por la naturaleza del delito y su relación con los procesos de selección en las contrataciones del Estado. Son los miembros de los comités especial contra quienes se dirigen las denuncias (13%).

Sin embargo, la colusión no siempre la realizan ellos. Las bases del concurso pueden haber estado dirigidas a un postor, por ejemplo. Por ello es que hay otros agentes involucrados: gerentes (11%), jefes (11%) y en menor proporción también los alcaldes (7%). Incluir a estos últimos es una práctica de relativa extensión que asume que los alcaldes frecuentemente están vinculados con los arreglos de contrataciones. Nótese que en menor proporción aparecen otros funcionarios ligados a la ejecución de obras, como los supervisores o residentes de obra (4%).

El patrón de los cargos en las denuncias archivadas por peculado y colusión es una mezcla de los dos patrones anteriores. Los jefes de unidad son los principales investigados (22%), seguido de los alcaldes (15%), gerentes (12%), supervisores (8%).

**Gráfico 4**

**Cargos que ocupan los investigados en denuncias archivadas**




Comité: Miembro de comité especial.

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.

Elaboración propia.

### 1.2. Modalidades más frecuentes en las que se cometen los delitos de peculado y colusión

A continuación se presenta un listado de las modalidades más frecuentes en las que se cometen los delitos de peculado y colusión, según las 457 carpetas fiscales revisadas. Cabe precisar que, se han extraído las modalidades sin el propósito de evaluar su coherencia. Es simplemente una sistematización de las denuncias que reciben las Fiscalías Anticorrupción y que luego son archivadas.

Las modalidades de peculado y colusión se construyen en función a hechos recurrentes, sea por el tipo de acceso a los recursos que tienen algunos funcionarios, por el poder que algunos altos funcionarios ejercen con su cargo o por otras características que hacen que se creen oportunidades ilícitas que son aprovechadas, pues, en el balance de costos y beneficios que hacen, se percibe mayor ganancia que riesgo como resultado de cometer el delito.

Para el delito de peculado, las 17 modalidades identificadas han sido agrupadas en torno a cuatro rubros: ejecución de obras o servicios, uso de bienes de la entidad, rendición de cuentas y otros. Las más frecuentes han sido las primeras e ilustran la vulnerabilidad del sistema de contrataciones y adquisiciones públicas, así como la necesidad de reforzar los controles *ex ante*, durante y *ex post*. Otras, en cambio, manifiestan confusión de los denunciantes entre la diferencia de lo que es controversia civil de un caso penal.

Las modalidades de colusión son más variadas. Durante la revisión de carpetas se encontraron 21 modalidades; las cuales han sido agrupadas en función de algunas etapas del proceso de contrataciones y adquisiciones del Estado: preparación de contratación o adquisición, postulación y otorgamiento de buena pro y ejecución.

Varias de las modalidades de peculado y colusión tienen el riesgo de ser cometidas en forma sistemática. Es el caso del robo de gasolina para peculado y de coimas para dirigir licitaciones en colusión. Pero el sostén necesario para dicha sistematicidad es distinto.

En las modalidades de peculado no suele haber concurso de muchos actores. Es la cercanía del funcionario público a los bienes o el dinero que le ha sido dado en administración así como su percepción sobre la ineficacia de los sistemas de control lo que determina el aprovechamiento de oportunidades ilícitas.

Es distinta la situación con el delito de colusión. Su sistematicidad y permanencia requiere de reglas informales (coimas para ganar licitaciones) socialmente válidas instauradas en forma paralela a la legal (Ley de Contrataciones del Estado) que han construido y sido construidas por un contexto en donde, más que una tolerancia a la corrupción, hay un aprovechamiento funcional de ésta. De ahí que los postores perdedores de una licitación en buena parte denuncien la colusión en el otorgamiento de la buena pro cuando su acuerdo inicial, igualmente ilegal, no los favoreció.

Asimismo, mientras que el peculado se comete casi siempre sin la participación de otros actores, la colusión implica la concertación de interés entre múltiples partes. Esto propicia, con mayor frecuencia en colusión, la aparición de redes, actores intermediarios o puestos de poder que administran y otorgan beneficios (contratos o facilidades) a cambio de coimas.

Estas son características importantes a tener en cuenta para construir políticas de prevención y monitoreo de estos delitos. Además del factor jurídico, un análisis de este tipo, contribuiría a conocer las modalidades más frecuentes, sus implicancias así como los fenómenos sociales y culturales que incentivan su permanencia en el tiempo.

**Tabla 9**

**Modalidades frecuentes de peculado archivadas**

| Temas | Modalidades |
|---|---|
| **Ejecución de obras o servicios** | 1. Apropiación de dinero producto de planillas fantasmas en obras o servicios |
| | 2. Apropiación de dinero producto de comprar una menor cantidad de bienes que la presupuestada |
| | 3. Apropiación de dinero destinado a obras no concluidas, no iniciadas o realizadas con materiales de menor costo o calidad |
| | 4. Apropiación de materiales de construcción u otros comprados en exceso para una obra |
| | 5. Cobro en exceso por falsificación de boletas de venta a terceros |
| | 6. No presentación de documentos contables que sustenten la ejecución del gasto |

| | |
|---|---|
| **Uso de bienes de la entidad** | 7. Uso de vehículos de la entidad para fines personales |
| | 8. Uso de combustible para fines personales |
| | 9. Uso indebido de computadoras de la entidad |
| **Rendición de cuentas** | 10. No rendición de cuentas de dinero otorgado a funcionario para fines específicos (eventos, compras por campañas, caja chica, alimentación, medicinas, talleres, etc.) |
| | 11. No rendición de cuentas de viáticos* |
| **Sustracción de parte de terceros** | 12. Sustracción de material de oficina |
| | 13. Sustracción de bienes por parte de terceros cuya administración había sido dada a un funcionario (laptops, entre otros) |
| **Otros** | 14. Apropiación de dinero de bonificaciones, pensión, deudas, beneficios u otras obligaciones por parte de funcionarios |
| | 15. Apropiación de dinero producto de la venta de terrenos |
| | 16. No entrega a la autoridad de bienes incautados |
| | 17. Cobro de doble remuneración |

* El cuadro sistematiza modalidades denunciadas, pero no todas necesariamente son peculado. Es el caso del peculado por apropiación de viáticos si seguimos los pronunciamientos de la Corte Suprema.[22]

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.

Elaboración propia.

22 Ejecutorias Supremas del 3 y 11 de marzo de 2010 y 15 de setiembre de 2010 declararon haber nulidad en las sentencias recurridas y reformándola absolvieron a los acusados del delito de peculado argumentando que *los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización del funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o las haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal (R.N. Nº 260-2009-Loreto; R.N. Nº 4481-2008-Junín y R.N. Nº 1886-2009-Lima, todas de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.* Citado en: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública,* Grijley, 2.ª ed., Lima, 2011, pp. 324 y 325.

**Tabla 10**

**Modalidades frecuentes de colusión archivadas**

| Etapa | Modalidades |
|---|---|
| **Preparación de contratación o adquisición** | 1. Adecuación de bases en contrataciones públicas a postulante específico |
| | 2. Fraccionamiento en la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras para evitar procesos de selección |
| | 3. Manipulación de términos de referencia de contratación de personal |
| | 4. Licitaciones de obra o servicios en los que, después de su otorgamiento y/o ejecución, se generan adendas con el fin de evitar nuevos procesos de selección |
| | 5. Generación de falsas necesidades (pasar servicios simples como refacciones) |
| **Postulación y otorgamiento de buena pro** | 6. Exclusión arbitraria de empresa en proceso de adjudicación por colusión con postor ganador |
| | 7. Carrusel de entidades para alternar buenas pro |
| | 8. Suplantación de funcionario que integra el Comité Especial de procesos de selección |
| | 9. Presentación de documentación incompleta de parte de ganador de buena pro |
| | 10. Irregularidades en la carta fianza solicitada en contrataciones |
| | 11. Otorgamiento de buena pro obviando pasos requeridos por ley |
| | 12. Contrataciones y adquisiciones otorgadas a postores con documentación falsa o no vigente |
| | 13. Concertación para no solicitar a postor ganador la carta fianza cuando es requerida |
| | 14. Otorgamiento de buenas pro a empresas ligadas a funcionarios salientes |
| | 15. Postores ligados a una misma empresa, grupo empresarial o familia |

| | |
|---|---|
| **Ejecución** | 16. Otorgamiento de buena pro a postor que ofreció servicio más caro o sin requerimientos técnicos mínimos solicitados |
| | 17. Cobro por servicio u obras sin entregarlo o ejecutarlo en su totalidad |
| | 18. Ejecución de obras ficticias |
| | 19. Conformidad con entrega de obras sin cumplir especificación técnica de las bases |
| | 20. Sobrevaloración de obras o servicios y pago en exceso a proveedores |
| | 21. Acuerdos con ejecutores de obras o servicios para no aplicar penalidades ante incumplimientos en contrato |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

### 1.3. Acerca de los casos que ingresan al subsistema anticorrupción

Una de las características de los delitos de peculado y colusión, sobre todo de este último, es la dificultad para recabar medios probatorios que acrediten directamente los hechos denunciados. La corrupción es difícil de probar.

El patrón de los casos sancionados por peculado y colusión en los últimos años confirma esta dificultad: queda claro, de la jurisprudencia de la Corte Suprema revisada, que buena parte de las sanciones impuestas o confirmadas en estos delitos corresponde a actos groseros donde los sentenciados cometieron claras irregularidades, confesaron directamente el delito o bien dejaron evidencias documentales (fáciles de ubicar o que nunca ocultaron o manipularon) que sirvieron como prueba directa de los hechos. La gran mayoría de condenas se imponen a casos menores. Un reducido número de casos grandes llegan a juicio oral y, cuando lo hacen y conducen a sentencias, es común que las condenas dispuestas sólo involucren a mandos intermedios de las entidades perjudicadas. Parece compartirse esta percepción entre los fiscales entrevistados:

> *"La impresión general es que no hay sentencias contra los peces gordos, los que caen son los mandos intermedios."* (Fiscal de Ayacucho).

> *"Los casos grandes contra presidentes regionales vienen con informes técnicos o de asesoría. Estos son los que 'la saben hacer'. Hecha la ley hecha la trampa, pues a veces la administración pública usa las facultades que tiene para justificar determinados actos. A veces declaran en emergencia un municipio, por ejemplo. Es difícil cuando hay tantos informes que cubren la responsabilidad del alcalde, porque éstos informes lo que hacen es justificar la obra ejecutada cada uno desde su especialidad, pero a veces se pueden hacer cosas. Estos informes funcionan como pararrayos de los alcaldes."* (Fiscal de Ayacucho).

Por ejemplo, entre los delitos de peculado, se tiene el caso del chofer de una municipalidad que comúnmente solicitaba una cantidad de vales de gasolina que rebasaba su capacidad de consumo máxima (R.N. N° 1142-2001-Madre de Dios), hecho que fue probado con un informe técnico sobre el consumo máximo posible del vehículo en función a la ruta habitual del chofer.

Igualmente fácil de sancionar fue el caso de una funcionaria que fraguó facturas y que infló gastos para apropiarse de dinero entregado para proyectos sociales (R.N. N° 1109-2010-Ucayali). En este caso, la verificación de la legalidad de las facturas se comprobó fácilmente con información de la SUNAT.

Asimismo, diversos cheques certificados sirvieron para identificar que un miembro del Ejército se había apropiado de diversas cantidades de dinero a través depósitos desde la cuenta de esta institución a la suya, por montos que no correspondían a su salario ordinario (R. N N° 787-2004-Lima).

La sanción de los delitos de colusión no es muy distinta. Para la ratificación de la condena impuesta a un funcionario del Instituto Nacional Penitenciario coludido con un proveedor, se emplearon documentos (comprobantes de pago y cheques girados a nombre de la empresa favorecida) emitidos –aunque aún no entregados– antes que el servicio fuera efectuado (Exp. N° 3137-2000- Lima).

En otro caso (R.N. Nº 532-2003-San Martín), el otorgamiento indebido de la buena pro a la empresa ganadora fue acreditado con varios documentos, entre ellos, con la cotización que uno de los postores entregó con su postulación en la que ofrecía vender el bien a un precio menor.

Por último, tenemos el caso de un alcalde que se coludió con una empresa para la venta de un camión cisterna por 56,227 nuevos soles cuyo valor

real, según la pericia valorativa practicada, era de 26,962 nuevos soles (R.N. N° 2483-2010-Arequipa).

Esta realidad contrasta largamente con la dificultad probatoria habitual de la gran mayoría de delitos de peculado y sobre todo de colusión. Los investigados usualmente se cuidan de no dejar rastros de la apropiación de los bienes del Estado, ocultan información, la manipulan o no la entregan a los fiscales, dificultando enormemente la investigación y en ocasiones determinando el archivo de la denuncia.

> *"La falta de documentación aportada por las entidades públicas en donde se ha cometido el delito es una dificultad con respecto a los hechos que se investigan. Las respuestas son tardías e incompletas. En algunos casos incluso han desaparecido la información. Esto pasa para ambos delitos."* (Fiscal de Lima).

La investigación de los delitos de colusión es incluso más compleja. Los acuerdos colusorios evidentemente no se realizan por escrito, sino por medios verbales. Si el hecho denunciado estuviese en vías de perpetrase se harían colaboraciones eficaces, interceptaciones telefónicas, pero como la denuncia se hace cuando los hechos están consumados, lo único que queda es documentación escrita que difícilmente acredita directamente el delito. La antigüedad de la denuncia es una complicación adicional. En ocasiones se denuncian hechos ocurridos hace no poco tiempo, lo que a veces impide la realización de diligencias como el levantamiento del secreto de telecomunicaciones, ya que las compañías telefónicas guardan solo por tres años el registro de llamadas.

Se sabe que ante una denuncia por colusión hay etapas clave por investigar –como la actuación del comité especial– pero son pocas las herramientas útiles si los investigados han cubierto todas las huellas, si no hay testigos ni incentivos para que declaren, o si la documentación de todo el proceso ha sido alterada por quienes son investigados.

A esto suma la complejidad de los procesos de compras públicas, su limitada efectividad para establecer controles reales, así como las diversas maneras a las que se recurre para evitar sus controles (como la declaración de proyectos de interés o prioritarios para la región o localidad) y la insuficiente formación y especialización de los fiscales en el manejo de la Ley de Contrataciones del Estado.

> *"Por ejemplo, la Ley General de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es muy tediosa. Para que una entidad pueda adquirir un bien se*

*demora mucho. Las instituciones necesitan ya adquirir un bien o servicio. No hay esa rapidez de contratación porque deben respetar la ley, ahí es donde se generan los actos de colusión. Encontrar indicios ahí es muy difícil. Pues van a encontrar la justificación ahí."* (Fiscal de Lima).

*"El delito de colusión es bien difícil de probar. No hay casi nunca prueba directa, salvo que los propios involucrados se hayan registrado, por eso yo creo que es uno de los delitos donde más se necesita capacitación, experiencia para que el fiscal tenga más visión de cómo trabajar en estos casos"* (Fiscal de Lima).

*"Se archiva sobre todo, si bien es cierto, hay colusión, la concertación es difícil probarla, pero en actos mismos de los procesos de licitaciones donde se otorga la buena pro es difícil, pero en la ejecución de contrato rápidamente determina. Desde el momento en que se realizan los perfiles, desde las bases, ya está direccionado. ¿Y cómo probamos eso que está direccionado?"* (Fiscal de Ayacucho).

Las personas que cometen estos delitos muchas veces se encuentran preparadas para eludir y evadir cualquier tipo de circunstancias que los puedan conectar con su cómplice. Por ejemplo, hacen llamadas de celulares que no les pertenecen, emplean correos creados con nombres diferentes, al emplear internet utilizan direcciones IP dinámicas para el envío de comunicaciones[23], utilizan terceros al momento de la postulación que no son directamente rastreables, entre otros.

Así, la complejidad probatoria en estos delitos y el tipo de casos sentenciados, ha hecho que los parámetros que toma una importante cantidad de jueces para la determinación de la culpabilidad sean muy exigentes. La prueba indiciaria se puede encontrar, pero la dificultad es que ésta sea suficiente para quebrar la presunción de inocencia en juicio oral.

*"Algunos jueces dicen que solo hay colusión cuando se colude el comité o el encargado de compras. Pero la colusión puede estar en los términos de referencia y es ahí donde se pueden escapar los casos. Por eso a veces los derivamos hacia negociación incompatible. Como es muy verbal, donde*

23 Una dirección IP es un número de identificación asignado a cada computadora. Al ser el equivalente del documento de identidad de la misma, archivos y correos electrónicos pueden ser asociados fácilmente al dueño de la computadora desde la cual se envió la comunicación. Pero hay programas que permiten eludir esta asociación entre máquina y usuario, creando direcciones IP dinámicas o falsas imposibles de rastrear hacia un individuo en particular.

*uno debe investigar es en la elaboración de los TDR porque ven que están pensados en un postor determinado."* (Fiscal de Lima).

*"Trato de buscar la forma de poder llegar a esa falta de información. A veces funciona y a veces no, porque con el garantismo que tienen los jueces a veces si ellos no ven el papelito no son felices. Eso, tenemos que trabajarlo en juicio, porque el desparecer documentación también es delito."* (Fiscal de Lima).

Los fiscales le dan un peso muy importante a lo que los jueces determinen como líneas de interpretación. Esto es correcto. Pero donde sí incurren en algunos yerros, a nuestro juicio, es en considerar que tales parámetros deben tomarse en cuenta por igual para el juicio oral como para la etapa de investigación preparatoria donde las diligencias preliminares tienen por finalidad, según el artículo 330º del NCPP, realizar solo los actos urgentes o inaplazables, y no agotar las diligencias que aseguren la convicción de la comisión del delito.

Al retrotraer los parámetros judiciales de convicción probatoria a la investigación preliminar, algunos fiscales están trasladando a la exigencia de probanza de una etapa posterior del proceso judicial donde, ahí sí con toda razón, el fiscal deberá contar con una teoría del caso sustentada en convicción y no solo en indicios razonables exigidos únicamente para formalizar la denuncia.

El peso que la jurisprudencia o algunos jueces en particular generan en la actuación fiscal en diligencias preliminares incentivos para archivar tempranamente un caso de peculado y en especial uno de colusión para los que, de haber sido formalizados, el fiscal habría practicado diligencias adicionales orientadas a hallar en los indicios la convicción de la comisión del delito exigida por los jueces en juicio oral.

Mientras que algunos fiscales han elevado su estándar probatorio, otros han optado por aplicar una estrategia alterna que implica cambiar la ruta de la acusación y redirigir el delito hacia uno que permita mayor facilidad de probanza y sanción. Así, se recalifica el tipo pasando de colusión hacia negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, ya que en éste no se necesita demostrar perjuicio patrimonial al Estado[24].

24 Artículo 397º del Código Penal.- Aprovechamiento indebido del cargo. El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

Pero ello implica un menor rango de sanciones máximas, según el Código Penal. Es importante destacar que la Corte Suprema determinó que ya no es necesario acreditar prejuicio patrimonial en la por colusión simple. Aun así, algunos fiscales siguen estimando la necesidad del perjuicio para formalizar denuncia.

> «*En el delito de colusión también hay mucha exigencia, hay jueces muy garantistas que desean días y horas para probar la corrupción. Entonces algunos fiscales apuntan ya no a colusión sino a negociación incompatible. Me parece que deberían comprender enriquecimiento ilícito también*». (Fiscal de Lima).

> «*En cuanto a colusión, acostumbro formular acusación alternativamente por negociación incompatible*». (Fiscal de Lima).

> «*Generalmente, es difícil acreditar la concertación entre el funcionario competente y el particular. Como es bien difícil eso, normalmente se investiga por negociación incompatible*». (Fiscal de Áncash).

El cambio de estrategia hacia negociación incompatible sería reciente y responde a la dificultad constatada que un caso por colusión llegue a juicio oral y obtenga sentencia condenatoria. Pero las estadísticas todavía no favorecen este cambio de estrategia como una mejor opción. Entre el 2010 y junio del 2014, según datos del Poder Judicial, no ha habido ninguna sentencia condenatoria en Áncash, Ayacucho, Junín y Lima por negociación incompatible, aunque sí las ha habido en Callao (5), Lima Norte (3), La Libertad (2), Cusco (1), Santa (1) y Cajamarca (1)[25].

Más allá de variar el tipo penal –algunos fiscales incluso indican que varían las denuncias por colusión hacia tráfico de influencias– lo que parece evidente es que se requiere mejores lineamientos y herramientas de investigación, así como pautas de gestión, que permitan mejorar la calidad del trabajo fiscal, al margen de qué delito sea el que se esté investigando. La clave parece encontrarse ahí y no en el acomodo de la tipificación a las capacidades probatorias actuales de los fiscales que, como se verá más adelante, muestran aciertos pero también debilidades importantes y recurrentes.

25 No se ha tomado en cuenta los datos consignados en las estadísticas como fallos confirmados y fundados, en tanto que no fue posible identificar si se trataba de sentencias absolutorias o condenatorias. Fuente: SG. Producción y Administración de Plataforma de la Gerencia de Informática del Poder Judicial al 16 de junio de 2014.

## 2. Diligencias preliminares: extensión y principales actuaciones

No hay una única forma de investigar denuncias por peculado o colusión. Tampoco la hay en el orden de ejecución de las diligencias preliminares. Muchas veces, la programación de las diligencias difiere bastante de la fecha de su realización, recayendo las razones tanto en aspectos de gestión propios del manejo del fiscal o de las facilidades que brinda el Ministerio Público o bien en aspectos ligados a los propios investigados, en concreto, sus dificultades para comparecer o sus estrategias dilatorias.

Por eso en esta sección se empezará por una descripción general sobre la extensión de esta etapa –Diligencias Preliminares– y las principales diligencias y actuaciones que ésta comprende. Luego, con una visión general adquirida, entrar más en aspectos de fondo sobre el desarrollo propio de las principales diligencias y actuaciones.

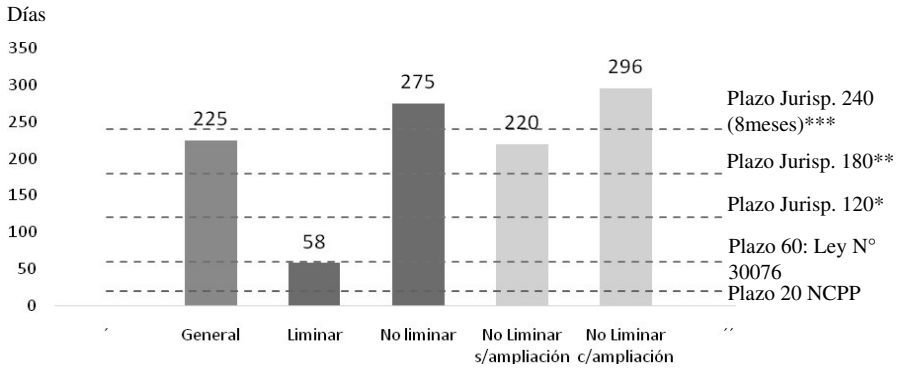
### 2.1. Extensión de las diligencias preliminares

Según la información extraída de las carpetas de denuncias en las que se programaron diligencias preliminares, pasan, en promedio, 225 días desde que se presenta la denuncia hasta que se archiva, esto equivale a 7 meses y 15 días.

Este promedio general debe ser desagregado para ilustrar la duración de la investigación fiscal para los casos archivados. En principio, es poco exacto porque mezcla casos que por su naturaleza tienen una duración distinta. Es el caso, por ejemplo, de los archivos liminares frente a los no liminares, o los que fueron elevados al superior y los que no; también en aquellos en los que el fiscal amplió el plazo, entre otras diferencias.

**Gráfico 5**

**Tiempo transcurrido entre la denuncia y su archivo (General)**




*Cas. 318-2011-Lima (aclaración Cas. 02-2008-La Libertad)
**Int. Cas. 02-2008-La Libertad
***Cas. 144-2012-Áncash

Un archivo liminar toma, en promedio, casi 2 meses (exactamente, 58 días), lo que ciertamente contrasta con el plazo de dos días previsto para estos efectos en Sistema de Gestión Fiscal. En estos casos el fiscal no realiza mayores actuaciones y la revisión de documentos se suele limitar a lo que está como anexos en la denuncia, además de otros documentos cuya obtención (por internet, por ejemplo) sea fácil.

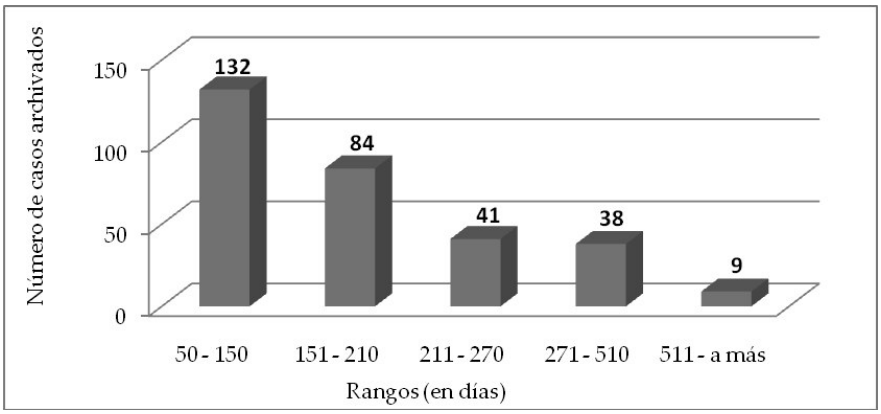
El archivo no liminar, opuesto al anterior, implica el despliegue de la capacidad de investigación del fiscal, toma en promedio 275 días o 9 meses y 5 días en promedio frente al plazo máximo de las diligencias preliminares, aunque existieron diversas interpretaciones sobre dicho plazo, que consideraban 120 días, 180 días, entre otros plazos (en el capítulo II se abordará con mayor precisión este tema), aun así son menores al tiempo promedio antes señalado. Las responsabilidades por estas demoras son compartidas. Recaen en los fiscales, en los investigados pero también en cómo el Ministerio Público establece pautas de gestión e investigación para que sus fiscales puedan trabajar en forma más eficiente.

La falta de uniformidad y las interpretaciones particulares de la jurisprudencia no permitieron tener una visión unificada sobre el plazo que se debía emplear, al menos al tiempo de realizar esta investigación. Por eso, se ha mantenido los dos estándares más generalizados (120 y 180 días). Como se observa en el gráfico 6, los fiscales se han tomado

distintos plazos para realizar sus investigaciones preliminares. A pesar que, existe una categoría que es más frecuente que las demás (50-150 días) –probablemente, también, por ser la de mayor rango– se advierte que muchos casos son archivados en distintos plazos que varían entre: 151-210 días y 211-270 días.

**Gráfico 6**

**Tiempo transcurrido entre la apertura de investigación y la disposición de archivo de casos complejos (en días)***




*El gráfico sólo considera los casos complejos (304) que se archivaron después de 50 días de iniciada las diligencias preliminares. Asimismo, los rangos fueron establecidos en función a los plazos interpretativos: 120, 180, 240 y 480 días, otorgando un margen de +/- 30.

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.

Elaboración propia.

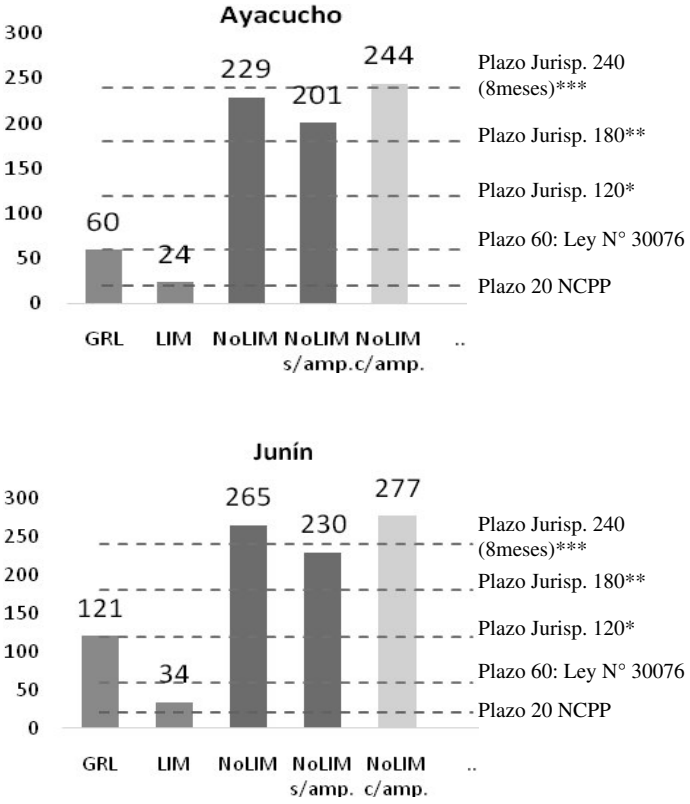
En tres de los cuatro distritos fiscales estudiados, los casos en los que no se practicaron actos de investigación se resolvieron en un promedio de días menor a los dos meses. Es el caso de Áncash (52 días), Ayacucho (24 días) y Junín (34 días). En Lima, este tipo de archivo toma, en promedio, 67 días. En todos los casos se está dentro de los estándares de plazo legal, pero los tiempos no corresponden a la naturaleza del archivo liminar. Situación distinta es la de los archivos en los que sí hubo despliegue de diligencias preliminares: fueron pocos los casos en que los archivos se realizaron dentro del plazo legal previsto.

Respecto del plazo para las investigaciones en las que el fiscal no plantea su ampliación. Ningún distrito tiene tiempos promedio menores al que

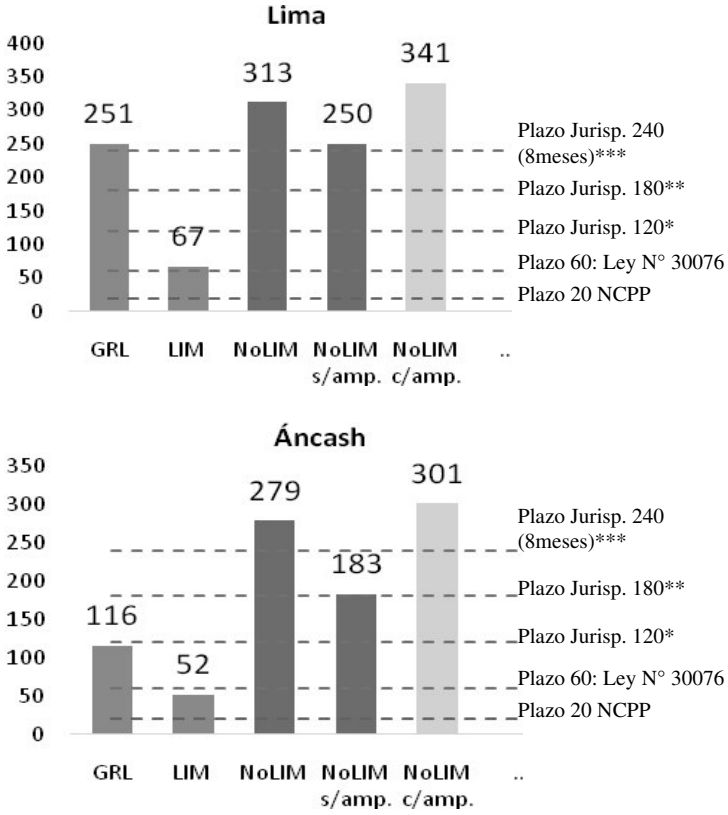
regula el NCPP[26]. Es en Áncash donde hay menos demora con 183 días (6 meses, 3 días). Luego le sigue Ayacucho con 201 días (6 meses, 21 días). Junín y Lima se ubican más lejos de éstos. El primero archiva en 230 días (7 meses, 20 días) y el segundo en 250 días (8 meses, 10 días).

**Gráfico 7**

**Tiempo transcurrido entre la denuncia y su archivo (por distritos)**




26 Artículo 334.2º del Código Procesal Penal.- El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación (…). Sin embargo, el artículo 5º de la Ley Nº 30077, modificó el plazo de las diligencias preliminares a sesenta días. A efecto de la presente investigación se tendrá en cuenta el plazo anterior por ser la norma procesal penal vigente de las carpetas fiscales analizadas.




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

Para completar este esquema general, hace falta revisar los tiempos de las denuncias en las que el fiscal aplicó alguna ampliación. Esta práctica es bastante común. Se da en la mayoría de los casos (Áncash 64%, Ayacucho 63%, Junín 51% y Lima 53%). La extensión del plazo de investigación varía entre los 37 días para Ayacucho y 55 para Lima.

Además, es bastante común que el plazo se amplíe en más de una ocasión. Las cifras, presentadas a continuación, dan la impresión que la ampliación se usa como una forma de salvar la posibilidad de tener una investigación más profunda. Pero al mismo tiempo, las ampliaciones reiteradas son muestra de que la gestión funciona con deficiencias. También se emplean para poder terminar con las diligencias atrasadas, pendientes y las que se deben reprogramar.

Junín es el distrito fiscal donde esta práctica está menos extendida y aún así el 36% de los casos ampliados es extendido por una segunda vez. En Lima y Áncash la segunda ampliación abarca al 42% de los casos y en Ayacucho al 45%. La tercera ampliación de las investigaciones es menos común (varía entre el 8% de los casos en Lima y el 23% en Ayacucho); y, la cuarta, aún algo menor (entre 2% para Lima y 11% para Ayacucho). Las primeras ampliaciones suelen fijar alrededor de 50 días adicionales. Cada ampliación adicional implica en promedio una extensión ligeramente menor en casi todos los distritos fiscales.

Estas cifras pueden ser el reflejo de lo ajustado que pueden ser los plazos legales pero también, como se verá luego, de ineficiencias en el planteamiento y realización de diligencias preliminares además de algunos problemas que retrasan la obtención de la documentación para la investigación y que no dependen de los fiscales.

**Tabla 11**

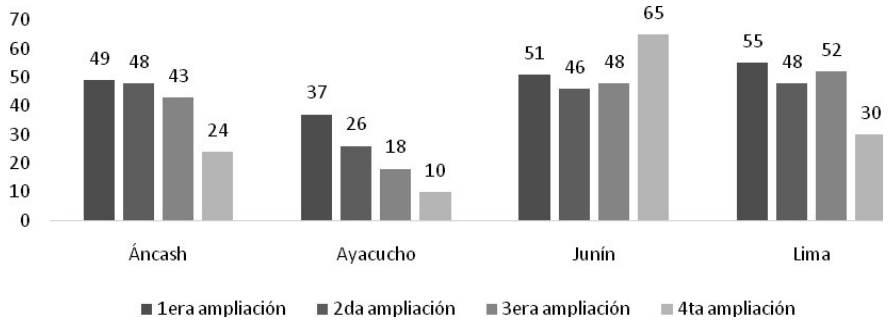
**Frecuencia de la ampliación de plazos para la investigación preliminar**

| | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima |
|---|---|---|---|---|
| % de investigaciones con plazo ampliado | 64% | 63% | 51% | 53% |
| 1era ampliación | 49 días | 37 días | 51 días | 55 días |
| 2da ampliación | 48 días | 26 días | 46 días | 48 días |
| 3era ampliación | 43 días | 18 días | 48 días | 52 días |
| 4ta ampliación | 24 días | 10 días | 65 días | 30 días |
| % de inv. ampliadas con 2da ampliación | 42% | 45% | 36% | 42% |
| % de inv. ampliadas con 3era ampliación | 14% | 23% | 9% | 8% |
| % de inv. ampliadas con 4ta ampliación | 6% | 11% | 3% | 2% |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

**Gráfico 8**

**Ampliación de la investigación (en días)**

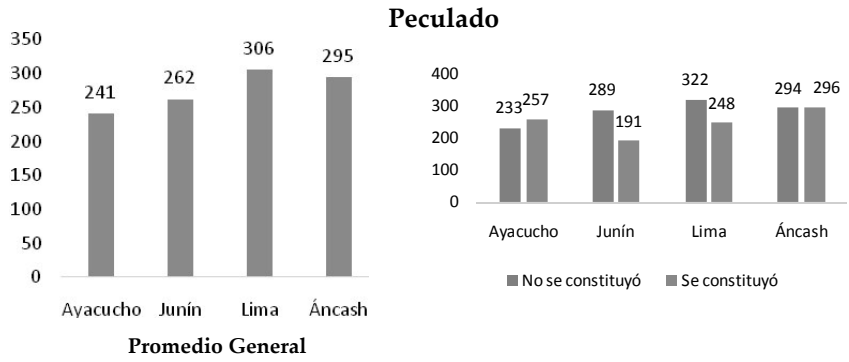



Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

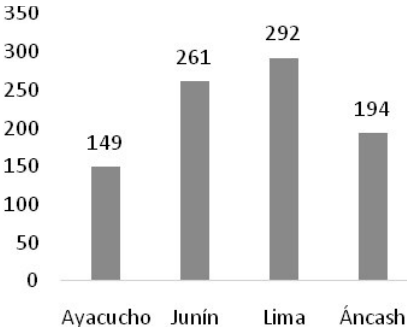
El análisis de la duración de los procesos por tipo penal releva que una investigación por el delito de peculado es más extensa; esta tendencia se ha confirmado en los cuatro distritos fiscales analizados (gráfico 3). Los plazos más extensos se dan en Lima y los de menor duración en Ayacucho, tanto para peculado como para colusión, y para aquellas denuncias que contienen ambos tipos. Por ejemplo, en los casos de peculado en Ayacucho pasan 241 días (8 meses, 1 día) hasta el archivo y en Lima 306 días (10 meses, 6 días). En colusión, para estos mismos distritos un archivo promedio demora 149 días (4 meses, 29 días) y 292 días (9 meses, 22 días), respectivamente.

**Gráfico 9**

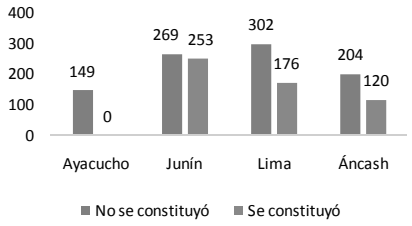
**Tiempo transcurrido entre denuncia y su archivo, según tipo penal y constitución del fiscal (en días)**



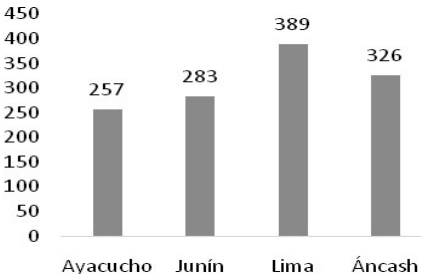
**Colusión**



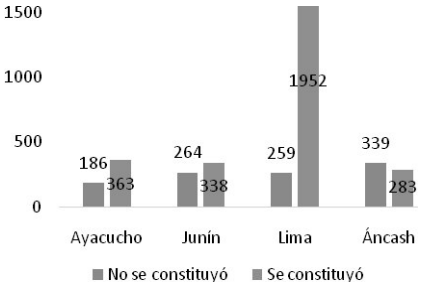

**Promedio General**




**Peculado / Colusión**




**Promedio General**




Nota: Para «Peculado/Colusión» en casos en que se constituyó el fiscal sólo hay 1 dato (1,952 días).

Tal como se discutirá más adelante, contar a tiempo con la documentación que obra en manos de la entidad es esencial para la investigación. Una de las razones más importantes es el riesgo que ésta sea alterada o escondida por los investigados, situación bastante común según los mismos fiscales. Por ello, en lugar de solicitarla vía oficio, cada vez más fiscales optan por constituirse en la misma entidad y obtener directamente la información.

La diferencia entre constituirse y no hacerlo debería reflejarse directamente en el tiempo que le toma a un fiscal archivar un caso. Se espera que la constitución represente un ahorro de tiempo significativo. En la práctica, los datos no ofrecen un panorama claro: en colusión la constitución siempre deriva en un menor tiempo hasta el archivo, en peculado hay resultados

mixtos y en los casos en que concurren ambos delitos la constitución parece ser menos provechosa.

En los casos en que constituirse se traduce en un menor tiempo hasta el archivo, la ventaja que se obtiene es relativamente importante: en Junín, para peculado, se gana 3 meses y en Lima 2 meses y medio; y para colusión, en Junín, sólo un par de semanas; pero 4 meses en Lima y cerca de 3 meses en Áncash.

La explicación sobre por qué la investigación preliminar no dura menos cuando el fiscal se constituye está en el momento en que el fiscal lo hace. No siempre se plantea la constitución en un momento temprano de la investigación.

Un último punto de análisis versa sobre la duración de la investigación en los casos en que se interpuso el recurso de elevación de actuados. La primera conclusión es que la duración de estos casos no es consistentemente mayor que la de aquellos en los que no se cuestiona la disposición de archivo.

**Tabla 12**

**Tiempo transcurrido entre denuncia y su archivo, según interposición de recurso de elevación de actuados y constitución del fiscal (en días)**

| | Archivos no liminares | | Archivos liminares | |
|---|---|---|---|---|
| | Con elevación de actuados | Sin recurso de elevación de actuados | Con elevación de actuados | Sin recurso de elevación de actuados |
| **Peculado** | **249** | **290** | **66** | **58** |
| Ayacucho | 223 | 257 | 13 | 30 |
| Junín | 195 | 288 | 33 | 88 |
| Lima | 314 | 300 | 114 | 27 |
| Áncash | 199 | 313 | 73 | 49 |
| **Colusión** | **235** | **241** | **14** | **73** |
| Ayacucho | 142 | 152 | s/d | s/d |
| Junín | 199 | 278 | 15 | 18 |
| Lima | 255 | 348 | 10 | 122 |
| Áncash | 242 | 157 | 18 | 55 |

| Peculado/ Colusión | 327 | 312 | 44 | 66 |
|---|---|---|---|---|
| Ayacucho | 299 | 194 | s/d | s/d |
| Junín | 296 | 271 | 9 | 120 |
| Lima | 286 | 477 | 68 | s/d |
| Áncash | 380 | 293 | 33 | 56 |

s/d: sin dato.
Nota: Para "Peculado/Colusión" en casos en que se constituyó el fiscal sólo hay 1 dato (1,952 días).
Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

Entre los archivos no liminares, por ejemplo, los de peculado tienen una duración de 290 días (9 meses, 20 días), los que se reducen a 249 (8 meses, 9 días) entre los archivos contra los que se le solicitó al fiscal superior que revise la decisión. La situación es similar entre los archivos liminares aunque no es una regla que se extienda, por ejemplo, a los casos de peculado.

La explicación parece estar en la diferencia que hay entre los casos que son elevados y los que no. Aquellos archivos que son objeto de recurso de elevación de actuados, en promedio, son archivados en un plazo menor de aquellos que no lo son. Detrás de esta diferencia puede haber otras que no se han rastreado en este informe: como calidad del contenido jurídico de las denuncias, motivos subalternos de las mismas, profundidad de las diligencias, entre otros factores.

### 2.1.1. Principales actuaciones

Durante la revisión de las carpetas fiscales se advirtió que las diligencias preliminares comprenden, principalmente, cuatro tipos de actuaciones: (i) toma de declaraciones, (ii) obtención de documentación de entidades, (iii) pericias y (iv) técnicas especiales de investigación.[27]

En las carpetas revisadas, la diligencia más frecuente fue la toma de declaraciones. No importa el distrito fiscal del que se trate, siempre es mayoritaria. En Lima se practicaron en el 83% de los archivos no liminares y éste es el porcentaje más bajo de los cuatro distritos fiscales analizados.

27 Si bien las pericias se pueden considerar igualmente como documentación, se les ha independizado en razón del trabajo del propio Ministerio Público para producirlas.

La cifra más alta es la de Áncash con 95%. Las declaraciones, por tanto, son la fuente más recurrida de acceso a información para dar forma a la teoría del caso.

La segunda diligencia, en función a la frecuencia con que se practican, es el requerimiento de información que hacen los fiscales por medio de oficio. En promedio, en el 45% de los archivos se contó con algún tipo de documento para la investigación. Parte de la documentación es obtenida de los propios anexos, pero, en la mayoría de casos estudiados, los fiscales solicitan la remisión de información a la entidad vinculada a los funcionarios investigados. Mayormente solicitan informes en general (64%) y documentos variados (54%), además de comprobantes de pago (44%) y el expediente administrativo de la contratación o adquisición (39%).

En tercer lugar, se tiene a las pericias. Se ordenan en el 33% de las investigaciones que no fueron archivadas liminarmente y su variación, como se verá más adelante, es importante entre un distrito fiscal a otro.

Por último, la utilización de técnicas especiales, tales como levantamiento de secreto de telecomunicaciones, bancario, tributario o bursátil, agente encubierto y vigilancia audiovisual electrónica, fue muy baja en los cuatro distritos analizados (en promedio 2%). Hasta cierto punto es razonable que sea así. Estas técnicas suelen desplegarse luego de formalizada la denuncia, ya que uno de los objetivos de las diligencias preliminares es que sólo se realicen actuaciones urgentes e inaplazables, bajo la mira de determinar indicios razonables del hecho denunciado. Pero debe tenerse en cuenta también que la aplicación de las técnicas especiales de investigación tiene sus propias dificultades. Por ejemplo, el registro de llamadas, sólo es guardado por 3 años por las compañías telefónicas,[28] con lo que en un tiempo relativamente corto se pierde la oportunidad de identificar los vínculos entre los investigados y terceros. Además, el principal problema con el levantamiento del secreto bancario es su demora, según los fiscales.

28 Artículo 16º, literal e) de la Ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de las funciones y facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, publicada el 5 de agosto de 2000.

**Tabla 13**

**Diligencias programadas por distrito fiscal (archivos no liminares)**

| | Áncash | | Ayacucho | | Junín | | Lima | | Total | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | N | % | N | % | N | % | N | % | N | % |
| **Declaraciones** | | | | | | | | | | |
| Si | 93 | 95% | 60 | 87% | 88 | 93% | 81 | 83% | **322** | **89%** |
| No | 5 | 5% | 9 | 13% | 7 | 7% | 17 | 17% | **38** | **11%** |
| Total | 98 | 100% | 69 | 100% | 95 | 100% | 98 | 100% | **360** | **100%** |
| **Pericias** | | | | | | | | | | |
| Si | 56 | 57% | 12 | 17% | 34 | 36% | 17 | 17% | **119** | **33%** |
| No | 42 | 43% | 57 | 83% | 61 | 64% | 81 | 83% | **241** | **67%** |
| Sub total | 98 | 100% | 69 | 100% | 95 | 100% | 98 | 100% | **360** | **100%** |
| **Obtención de documentación** | | | | | | | | | | |
| Si | 42 | 43% | 43 | 62% | 32 | 34% | 46 | 47% | **163** | **45%** |
| No | 56 | 57% | 26 | 38% | 63 | 66% | 52 | 53% | **197** | **55%** |
| Total | 98 | 100% | 69 | 100% | 95 | 100% | 98 | 100% | **360** | **100%** |
| **Técnicas especiales** | | | | | | | | | | |
| Si | 1 | 1% | 1 | 1.4% | 3 | 3% | 3 | 3% | **8** | **2%** |
| No | 97 | 99% | 68 | 98.6% | 92 | 97% | 95 | 97% | **352** | **98%** |
| Total | 98 | 100% | 69 | 100% | 95 | 100% | 98 | 100% | **360** | **100%** |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

Entre los archivos liminares, la situación es distinta. Por su naturaleza, estos archivos corresponden a denuncias cuyo mérito para investigar es irrelevante sea por el evidente escaso perjuicio patrimonial al Estado (por ejemplo, la acusación por peculado contra un funcionario que usó la computadora del trabajo para fines no laborales), porque la denuncia no es un delito de corrupción o por falta de coherencia total de la misma. De ahí que las actuaciones hechas por los fiscales sean mínimas; no obstante, la teoría dicte que ellas no deben realizarse si hay un rechazo liminar de la denuncia. Se verificó en la investigación que en el 12% de los archivos liminares se tomó declaraciones, las cuales corresponden, principalmente,

al denunciante, con el fin de aclarar la denuncia. El único caso particular es el de Áncash. Entre los archivos liminares en esta jurisdicción, el 28% tuvo toma de declaraciones.

**Tabla 14**

**Detalle de diligencias programadas por distrito fiscal (archivos no liminares)**

| Diligencia | Áncash | | Ayacucho | | Junín | | Lima | | Total | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | N | % | N | % | N | % | N | % | N | % |
| **Toma de manifestaciones** | | | | | | | | | | |
| A investigados | 75 | 76% | 53 | 77% | 73 | 73% | 84 | 86% | 285 | 78% |
| A denunciante | 41 | 58% | 35 | 47% | 77 | 51% | 68 | 54% | 221 | 50% |
| A testigos | 50 | 48% | 41 | 63% | 64 | 63% | 51 | 40% | 206 | 49% |
| **Pericias** | | | | | | | | | | |
| Informes o dictámenes Periciales | 10 | 16% | 3 | 4% | 21 | 12% | 37 | 29% | 71 | 16% |
| **Documentación** | | | | | | | | | | |
| Informes en general de la propia entidad | 60 | 74% | 49 | 65% | 97 | 75 | 72 | 57% | 278 | 64% |
| Otros documentos | 41 | 79% | 42 | 56% | 103 | 52% | 51 | 40% | 237 | 54% |
| Comprobantes de pago o similares | 30 | 62% | 24 | 32% | 81 | 38% | 60 | 47% | 195 | 44% |
| Expediente administrativo de la licitación, concurso público, procedimiento de adquisición | 39 | 44% | 21 | 28% | 58 | 49% | 50 | 39% | 168 | 39% |
| Normatividad específica de la institución agraviada (MOFS, ROFS, etc.) | 41 | 26% | 23 | 31% | 34 | 52% | 20 | 16% | 118 | 28% |

| | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Informe Policial | 24 | 42% | 19 | 25% | 55 | 30% | 25 | 20% | 123 | 28% |
| Otras normas de cualquier tipo relevantes para el caso | 21 | 22% | 16 | 21% | 29 | 26% | 18 | 14% | 84 | 19% |
| Expedientes judiciales relacionados con el caso | 23 | 18% | 9 | 12% | 24 | 29% | 17 | 13% | 73 | 17% |
| Informes de la Contraloría o de los Órganos de Control Interno de la entidad | 28 | 13% | 7 | 9% | 17 | 35% | 8 | 6% | 60 | 15% |
| Actos Administrativos sancionadores o de otro tipo relacionados con el caso | 12 | 19% | 12 | 16% | 25 | 15% | 14 | 11% | 63 | 14% |
| Otros | 1 | 3% | 0 | 0% | 3 | 1% | 1 | 1% | 5 | 1% |
| **Técnicas especiales** | | | | | | | | | | |
| Incautación | 1 | 1% | 0 | 0% | 1 | 1% | 0 | 0% | 2 | 1% |
| Levantamiento de secreto de telecomunicaciones | 0 | 1% | 1 | 1% | 1 | 0% | 0 | 0% | 2 | 1% |
| Levantamiento de secreto bancario | 1 | 1% | 0 | 0% | 1 | 1% | 0 | 0% | 2 | 1% |
| Levantamiento de secreto tributario | 1 | 1% | 0 | 0% | 1 | 1% | 0 | 0% | 2 | 1% |
| Levantamiento de secreto bursátil | 0 | 1% | 0 | 0% | 1 | 0% | 0 | 0% | 1 | 0,3% |
| Agente encubierto | 0 | 1% | 0 | 0% | 1 | 0% | 0 | 0% | 1 | 0,3% |
| Prueba pre-constituida | 0 | 1% | 0 | 0% | 1 | 0% | 0 | 0% | 1 | 0,3% |
| Vigilancia audio-visual electrónica | 0 | 1% | 0 | 0% | 1 | 0% | 0 | 0% | 1 | 0,3% |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia

### 2.1.2. Duración de las actuaciones más frecuentes

Es más útil desagregar los tiempos de la investigación preliminar en función de las actuaciones que en ésta se dan. Así, no sólo es fácil identificar en qué momento se da cada actuación fiscal, sino que también, permite advertir demoras indebidas en tramos específicos. Son seis los aspectos que se deben resaltar.

Lo primero que salta a la vista es la demora para el inicio de las actuaciones. Los oficios en los que se solicita documentación a las entidades de los funcionarios investigados son emitidos casi 4 meses luego de recibida la denuncia. Este promedio varía en función del distrito fiscal. De hecho, el promedio está influenciado especialmente por la situación de Lima y Junín. Áncash es el distrito fiscal con mejor reacción para solicitar información. Entre los casos registrados, por ejemplo, el oficio requiriendo documentación sobre ejecución de obras es remitido a los 14 días de recibida la denuncia. En Lima, en cambio el oficio (expediente de contratación) se envía a los 255 días (8 meses, 15 días) de interpuesta la denuncia.

Cabe precisar que no siempre es fácil prever qué información solicitar a las entidades. Pueden aparecer nuevas pistas, nuevos elementos o indicios no vistos en un inicio de la investigación. Esa puede ser la razón de la demora en el inicio de ciertas actuaciones: el fiscal necesita informarse del caso antes de decidir qué información solicitar. Pero, por otro lado, también es cierto que la información solicitada suele ser casi siempre la misma (expedientes administrativos, comprobantes de pago, etc.). La carga de casos también puede explicar estas demoras.

En segundo lugar, hay una demora evidente en llamar al denunciante para aclarar su denuncia. En promedio los fiscales se toman 53 días (1 mes, 23 días) para emitir citación al denunciante. En Áncash y Ayacucho se hace casi al mes de ingresada la denuncia (31 y 37 días respectivamente). En Lima se hace a los 50 días y en Junín a los 82. Es importante tener en cuenta que la Ley N° 30076 determinó que las diligencias preliminares deben durar 60 días, salvo que por las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación se fije un plazo distinto, de ser así, el plazo establecido por el NCPP queda al límite sólo con estas actuaciones.

Aun en el caso de Áncash y Ayacucho la demora de un mes para emitir el oficio parece ser un signo de ineficiencia, aunque no siempre atribuible al fiscal. La aclaración es parte esencial de cómo luego el fiscal reordenará sus anotaciones del caso, hipótesis y teoría del mismo. Tardar en contar con la aclaración retrasa el planeamiento mismo de la investigación y complica en tiempos al fiscal que podría ser objeto del control de plazos.

Situación similar pasa cuando se llama a declarar a los testigos. Este es el tercer aspecto. El oficio al primer testigo es enviado en promedio a los 89 días (2 meses, 29 días) de que se interpusiera la denuncia. Junín y Lima, nuevamente, son distritos fiscales donde esto se demora más, aproximadamente, unos 3 meses. Lo que también se observa en las citaciones para testigos es un claro patrón escalonado en el tiempo. Esto podría ser indicio de la inadecuada planificación de la investigación para sacar en lote tales oficios. No se trata de un tema de gestión –cómo sacar varios oficios a la vez– sino de cómo programar adecuadamente las diligencias necesarias para contar con ellas en el momento adecuado.

En cuarto lugar, el efecto de escalonamiento en el envío de oficios se da también, aunque en menor proporción, a nivel de la toma de declaraciones a los investigados. Pero más que eso, lo que evidencian estos datos es el estilo marcado entre distritos fiscales sobre el momento oportuno para llamar a los investigados a declarar. En el siguiente punto se verá que hay una confrontación de dos posiciones: una que opta por tomar las declaraciones hacia el final de la investigación preliminar, ya que en ese momento se contará con toda la información suficiente como para realizar una buena declaración y, un segundo grupo de fiscales, que prefiere tomarlas al inicio; lo cual, en la mayoría de los casos, puede resultar –en apariencia– poco estratégico. Siempre habrá un margen para la discusión dadas las particularidades del caso.

Los resultados muestran que pese a que hay una intención –más clara en algunos distritos fiscales que en otros– de fijar fecha para la toma de declaraciones en un momento posterior al acopiamiento de información, en la práctica esto no es tan sencillo. Es una cuestión de estilo de investigación pero también tiene que ver con cuestiones prácticas: hay una demora de poco más de un mes entre la fecha del oficio que cita al investigado y la fecha en que se realiza la misma.

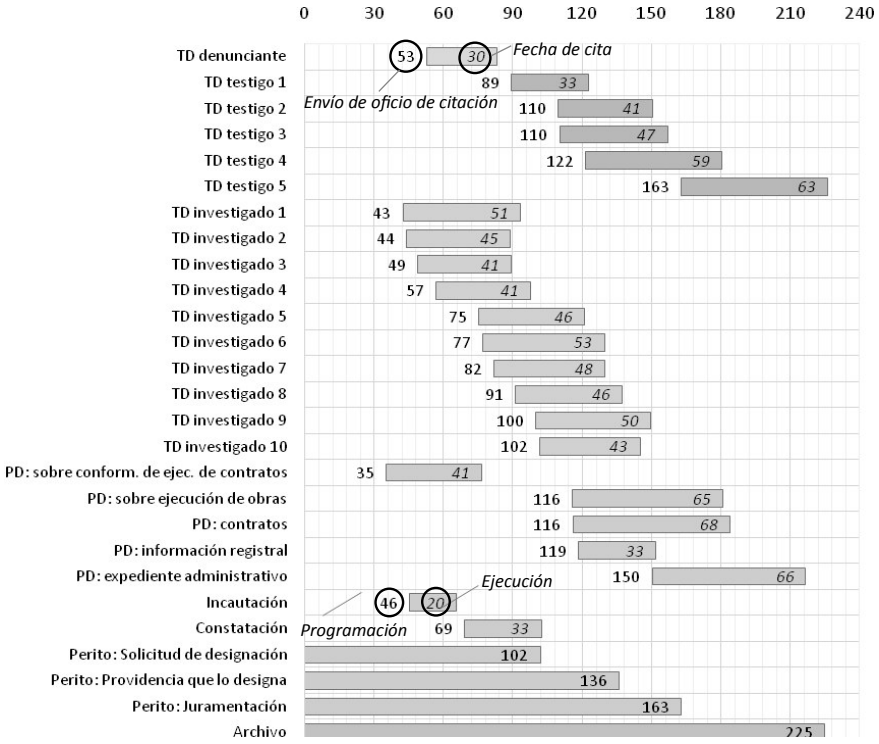
En quinto lugar, hay una demora innecesaria en la solicitud de pericia y la aceptación de la misma de parte del perito. La solicitud de designación de perito se hace en promedio a los 102 (3 meses, 12 días) días de presentada la denuncia. Luego de casi un mes más (a los 136 días o 4 meses y 16 días) se saca la providencia señalando la designación del perito. Finalmente, el perito juramenta a los 163 días de interpuesta la denuncia o 2 meses luego que se iniciara formalmente el trámite para su designación. Es en la juramentación cuando manifiesta si tiene algún impedimento para realizar la pericia.

Por último, hay demoras importantes entre el envío de oficios para realizar una actuación y la fecha en que se realiza. Esto pasa, por ejemplo, con las declaraciones de testigos e investigados, y con las solicitudes de documentación cursadas a las entidades. En el primer caso, hay 1 mes y medio de diferencia entre el envío del oficio de citación y la fecha para la cual se les citó. En el segundo caso, pasan 2 meses y, frecuentemente, los fiscales reciben información incompleta.

En suma, a lo largo de la investigación aparecen signos importantes de dilación que ocasionan el incumplimiento constante de los plazos legales de la investigación fiscal. La responsabilidad del fiscal es solo parcial, toda vez que se necesitan lineamientos de política capaces de dotar a éstos de herramientas de gestión e investigación que, una vez institucionalizadas, sirvan para mejorar tanto los tiempos como la calidad de su trabajo.

**Gráfico 10**

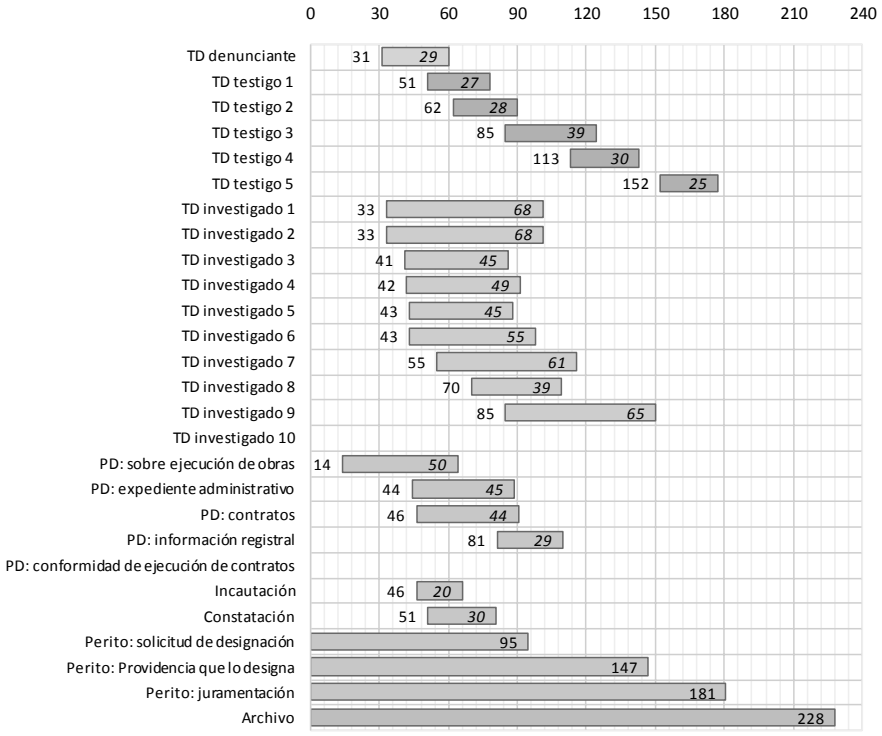
**Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave (en días)**




TD: Toma de declaración; PD: Pedido de documentación a entidades públicas.
Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

## Gráfico 11

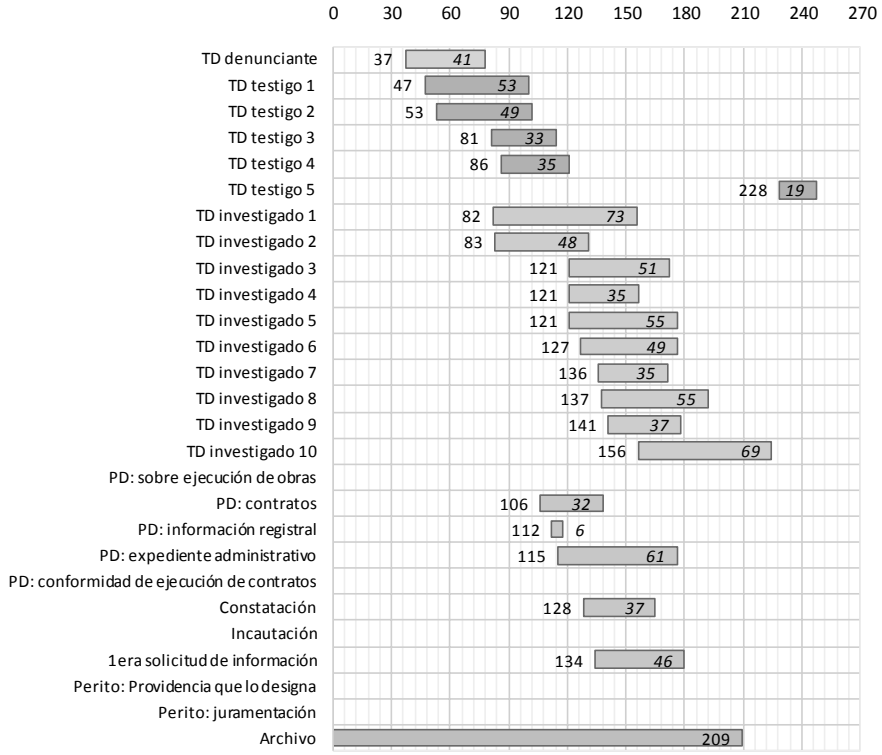
### Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave en Áncash (en días)




TD: Toma de declaración; PD: Pedido de documentación a entidades públicas.
Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

## Gráfico 12

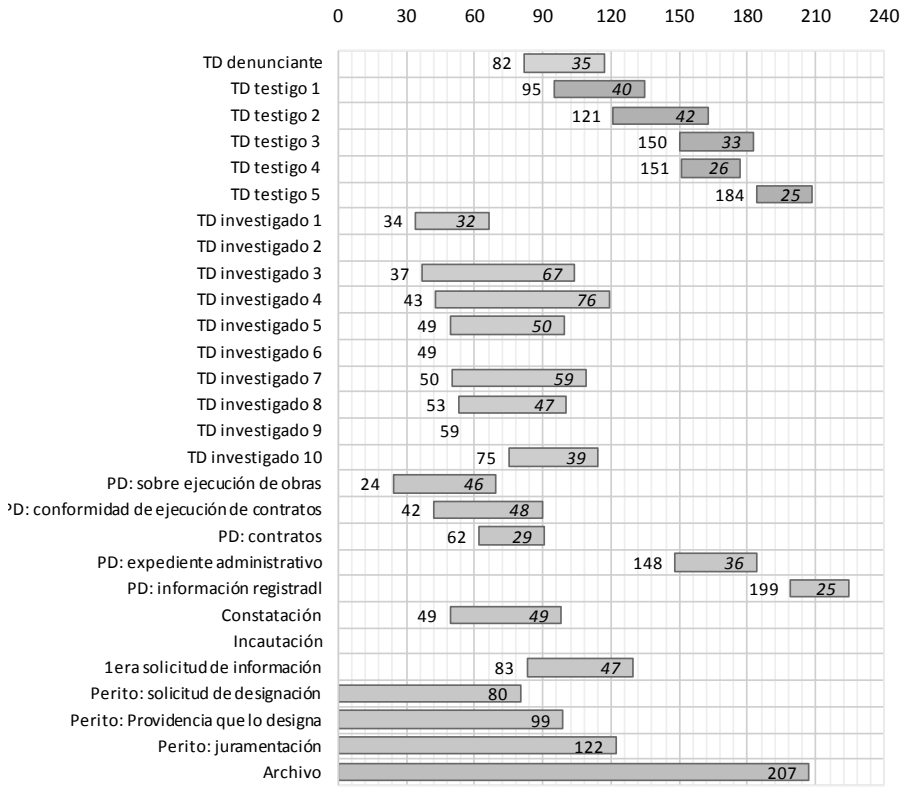
### Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave en Ayacucho (en días)




TD: Toma de declaración; PD: Pedido de documentación a entidades públicas.
Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

## Gráfico 13

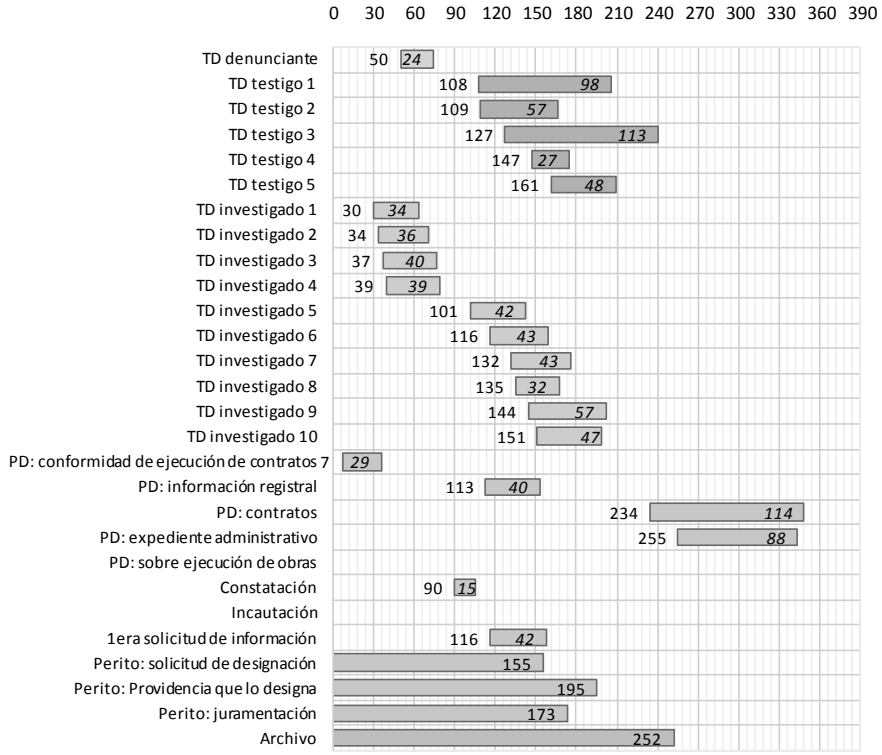
### Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave en Junín (en días)




TD: Toma de declaración; PD: Pedido de documentación a entidades públicas.
Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

**Gráfico 14**

**Momento en que se programó y realizaron actuaciones fiscales clave en Lima (en días)**




TD: Toma de declaración; PD: Pedido de documentación a entidades públicas.
Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

### 2.2. Toma de declaraciones en sede fiscal: importancia estratégica

En lo que respecta a la toma de declaraciones en sede fiscal, la investigación ha detectado dos clases de problemas. Los primeros están relacionados con la poca efectividad que tienen los fiscales para hacer que concurran los declarantes, y los segundos tienen que ver con la proclividad excesiva con la que parecen programarse pericias y el bajo porcentaje de que éstas logren hallar indicios de peculado o colusión.

### 2.2.1. Niveles de concurrencia de los citados

En la actuación fiscal hay un aspecto claro: programar una diligencia no necesariamente es realizada. En efecto, la tasa de realización de actuaciones fiscales es bastante baja en muchos casos, sobre todo en lo que concierne a la toma de declaraciones. Las razones son diversas y apuntan tanto a la responsabilidad del fiscal para mejorar la gestión de su despacho, como a los lineamientos de política que el propio Ministerio Público debería brindar para el mejor funcionamiento de las Fiscalías Anticorrupción, así como a las carencias logísticas, la carga de casos y por supuesto las estrategias dilatorias de los investigados.

**Gráfico 15**

**Toma de declaraciones no realizadas y reprogramadas (archivos no cuestionados e inadecuados)**

| | Ayacucho | Junín | Lima | Áncash | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| **Declaraciones a denunciante** | | | | | |
| **Programadas** | 47% | 58% | 41% | 54% | 50% |
| *Realizadas | 21% | 21% | 27% | 24% | 24% |
| *No realizadas (en la 1era programación) | 79% | 79% | 73% | 76% | 76% |
| -Reprogramadas | 9% | 39% | 11% | 28% | 24% |
| -No reprogramadas | 91% | 61% | 89% | 72% | 76% |
| **Declaraciones a investigados** | | | | | |
| **Programadas** | 75% | 67% | 62% | 69% | 68% |
| *Realizadas | 32% | 25% | 40% | 32% | 32% |
| *No realizadas (en la 1era programación) | 68% | 75% | 60% | 68% | 68% |
| -Reprogramadas | 47% | 65% | 68% | 71% | 65% |
| -No reprogramadas | 53% | 35% | 32% | 29% | 35% |
| **Declaraciones a testigos** | | | | | |
| **Programadas** | 63% | 49% | 50% | 40% | 49% |
| *Realizadas | 20% | 18% | 25% | 17% | 20% |
| *No realizadas (en la 1era programación) | 80% | 82% | 75% | 83% | 80% |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| -Reprogramadas | 25% | 40% | 33% | 34% | 34% |
| -No reprogramadas | 75% | 60% | 67% | 66% | 66% |
| **Pericias** | | | | | |
| **Programadas** | 17% | 36% | 17% | 57% | 33% |
| *Realizadas | 18% | 42% | 71% | 75% | 57% |
| *No realizadas | 82% | 58% | 29% | 25% | 43% |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.
*No realizadas en la primera programación

En la mitad de los casos (50%), los fiscales citan al denunciante para aclarar su denuncia y requerir alguna información extra que podría ser importante. El objetivo es precisar los hechos denunciados y describir adecuadamente como sucedieron. Es una actuación informativa que le permitirá al fiscal tener una mejor idea de los hechos detrás de la denuncia.

En las carpetas revisadas, 3 de cada 4 denunciantes no concurrieron a declarar en la fecha, inicialmente, programada (exactamente, 76%). El problema tiene magnitudes bastante similares en los distritos estudiados: 76% no lo hace en Áncash, 73% no lo hace en Lima y 79% no asiste en Ayacucho y Junín. Esta contrariedad prolonga la investigación, en caso el fiscal vuelva disponer una nueva fecha para tomarle la declaración (Lima 11%, Ayacucho 9%, Áncash 28% y Junín 39%), o baja la calidad de la misma, en caso el fiscal ya no reprograme la declaración, lo cual sucede en el 76% de casos; es decir 3 de cada 4 denunciantes que no declararon en la primera citación, ya no declaran porque el fiscal no reprogramó su fecha (Lima 89%, Ayacucho 91%, Áncash 72% y Junín 61%).

Por otro lado, mientras más larga sea la investigación es más probable que los declarantes pierdan el interés en aportar información, olviden lo que antes recordaban o se expongan a acciones de amedrentamiento e intimidación por parte de los investigados. Los fiscales saben que los denunciantes se arrepienten o tienen miedo de ser llamados por el Ministerio Público. La no reprogramación de la toma de declaración al denunciante obedece también a que el fiscal considera que se puede continuar con la investigación sin esta pieza de información. Sin embargo, hay cierta mala praxis de algunos abogados que usan las inconcurrencias como parte de una estrategia dilatoria.

Respecto a los archivos liminares no se dio ninguna reprogramación de toma de declaración del denunciante. La interpretación parece ser simple.

Los archivos liminares se dan en promedio a los 2 meses de interpuesta la denuncia; y, en promedio, el oficio enviado al denunciante para convocarlo a declarar se da a los 53 días. Convocar nuevamente al denunciante alargaría el plazo para un caso que, según la lectura que hacen los fiscales, es poco claro o no tendría mucho futuro. Los plazos legales probablemente vencerían y abrirían la posibilidad que el fiscal coordinador le llame la atención al fiscal por la demora.

En todo caso, hay dos aspectos en conflicto. El primero es la inconcurrencia de los denunciantes, la cual más que anecdótica parece ser estructural. Hay grandes dificultades para concretar diligencias con ellos; que, probablemente, se deban a la falta de incentivos y a los riesgos que el declarar genera. Y, por otro lado, es cuestionable que un fiscal que consideró un caso como poco claro termine archivándolo sin los esfuerzos necesarios para tener una completa visión sobre el mismo, no se reprograma ni se cita de grado o fuerza; o, como hacen fiscales (programación con doble fecha).

Situación similar se da con los testigos. En la mitad de las denuncias archivadas (49%), se registró que el fiscal convocó a los testigos para que brinden su manifestación. Esto fue más común en Ayacucho (63%) y menos en Áncash (40%), pero la gran parte de ellos no concurrieron a la primera citación. En Ayacucho, la no concurrencia (a la primera citación) llegó al 80%, mientras que en Junín y Áncash las cifras son ligeramente más altas (82% y 83%, respectivamente) y en Lima algo menor (75%). No obstante, el fiscal no reprogramó la fecha de declaración en el 66% de inconcurrencias; es decir, 2 de cada 3 testigos que no acuden a la primera citación ya no declaran porque el fiscal no vuelve a reprogramar su fecha. Porcentaje preocupante, teniendo en cuenta el potencial aporte que los testigos, sometidos a un pliego de preguntas capaz de establecer conexiones clave entre los hechos y el delito, pueden brindar al caso.

Si la pérdida de testimonios -sin duda- contribuye a perder información que hubiera podido permitir la formalización de la investigación, con mayor razón el trabajo fiscal es afectado por la no concurrencia de los investigados a que brinden su declaración.

En lo que respecta a los investigados, 2 de cada 3 (exactamente, 68%) no acude a brindar su declaración a la primera citación. Esta proporción es, incluso, más grave en Junín donde 3 de cada 4 no concurre (75%). En Áncash y Ayacucho, este porcentaje llega al 68% y en Lima a 60%. A pesar de ello, se advirtió que la tasa de declaraciones que no se reprograma es considerable (35%); es decir, 1 de cada 3 investigados que no acude a la primera citación ya no declara porque el fiscal no volvió a reprogramar su

fecha (Lima 32%, Ayacucho 53%, Áncash 29% y Junín 35%). Estas cifran sustentan el por qué en el 31% de los casos elevados al fiscal superior se determina la realización de diligencias pendientes.

El alto nivel de citaciones frustradas a investigados tiene relación con factores distintos de los ya mencionados. Al margen de los problemas de notificación que se presentan con frecuencia, la principal razón es la intención expresa de los investigados de no asistir a la diligencia. Este es un rechazo directo a la autoridad del fiscal que termina dejando cabos sueltos en una investigación que luego será archivada.

En general, se aprecia cierta pasividad de parte de la Fiscalía. En pocos casos se notan actitudes proactivas idóneas para enfrentar el problema (las cuáles sin embargo sí existen, como se verá posteriormente, aunque no están suficientemente difundidas al interior de la propia institución). No se trata de una dificultad menor ya que el tiempo que se pierde a consecuencia de las inconcurrencias no es descontado del plazo máximo de duración que puede tener la investigación fiscal. En muchos casos las inconcurrencias generan investigaciones menos profundas y exhaustivas, y, por lo mismo, menos eficientes. En otros, pueden forzar una audiencia de control en la que el juez decidirá si concede una prórroga o no, con el riesgo de lo que una decisión negativa implicaría.

Frente a estos problemas, da la impresión de que no existieran directivas a nivel de la Fiscalía de la Nación ni de las instancias encargadas de la dirección de las Fiscalías Anticorrupción para reducir estas dificultades, como sí las hay en otros países donde también existe la reforma procesal penal.[29] Esta investigación confirmó que este es un problema común a casi todas las investigaciones de todos los despachos, parece claro que se requieren lineamientos generales que provengan desde la dirección institucional y que orienten a los fiscales provinciales y a sus adjuntos en la forma de proceder.

Las entrevistas con los fiscales dan cuenta de este problema. Ocurre, por ejemplo, que cuando un fiscal quiere llamar a alguien para tomarle la declaración, todos los costos de transporte corren por cuenta del declarante. Ello no es muy consecuente con la realidad, ya que en la práctica es perfectamente posible que esa persona tenga un interés nulo

29 Ver, en el caso específico de Chile, el Instructivo General Nº 32 sobre testigos en la fase de investigación y su protección emitido por la Fiscalía de la Nación de ese país, [en línea], (fecha de visualización 13 de abril del 2014), disponible en: *www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_chl_anexo_14_sp.doc*

en que el caso se esclarezca, a pesar de lo cual tiene que invertir su tiempo y dinero en colaborar con el Estado para perseguir un delito cuya sanción le es indiferente.

Un factor adicional es el riesgo de declarar y la posibilidad que el testigo decida ya no brindar información alguna.[30] Muchos casos dependen de testigos clave pero hasta su vida puede estar en peligro y no hay mayor apoyo al respecto, como señaló más de un fiscal:

> *"Si es colaboración la unidad de víctimas y testigos no da protección a imputados. Entonces lo que esperamos es que una de las personas que haya participado delate y confiese y a partir de ahí tener un horizonte."* (Fiscal de Lima).

> *"El tema de protección de testigos también es problemático, porque habría que garantizarles que estén presentes y que tengan el apoyo de un psicólogo, porque hay personas que suelen cambiar su versión por las amenazas o por temor a los funcionarios."* (Fiscal de Junín).

Las entrevistas pusieron de manifiesto también que en los casos en los que los fiscales deben desplazarse a localidades alejadas para tomar una declaración a alguien, en muchas ocasiones no se les proporciona –oportunamente– movilidad o viáticos, debiendo ellos mismos cubrir el costo de sus desplazamientos. Las Fiscalías, en principio, cuentan con camionetas asignadas para que los fiscales puedan trasladarse de un lugar a otro cuando sea necesario, pero en muchas oportunidades ocurre también que las mismas resultan insuficientes para la cantidad de diligencias programadas o las distancias que se deben recorrer.

> *"Dificultad para hacer las constataciones. Se debe viajar a la zona con el ingeniero civil. Por lo general, las obras no están en la ciudad. Por ejemplo, un proyecto de agua se debe ir al punto de captación y todas las instalaciones. El punto de captación se encuentra a 4 mil metros sobre el nivel del mar. Es todo un día solo para un caso."* (Fiscal de Áncash).

30 La problemática sobre la protección a la integridad y vida de testigos y colaboradores es álgida, y merece un tratamiento diferenciado, amén de un estudio particular. Las deficiencias detectadas pasan –como siempre– por la limitación presupuestaria, esta vez, del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio del Interior. Información corroborada por fiscales responsables de la Unidad a cargo de este Programa, dan cuenta de las serias dificultades que enfrenta el Ministerio Público para asistir adecuadamente a víctimas, testigos, y a familiares directos y dependientes.

> *"También es una dificultad la lejanía. El distrito fiscal tiene competencia en todas las provincias. A veces para recoger los documentos tienen que viajar por varias horas y a veces por limitaciones de la zona no se cuenta con fotocopiadora para reproducir la documentación."* (Fiscal Áncash).

Esta situación, común a los cuatro distritos fiscales analizados, se agrava más en los casos de fiscalías de provincia en las que la competencia territorial se extiende a zonas geográficas de difícil acceso, ya que no se cuenta ni con camionetas ni con dinero para alquilar vehículos externos. Algunos de los fiscales entrevistados señalaron que en esas circunstancias, ellos mismos tuvieron que financiar el traslado con su dinero.

### 2.2.2. Medidas adoptadas para evitar la inconcurrencia

El sistema ha previsto algunas medidas para hacerle frente a las dificultades vinculadas a la toma de declaraciones en sede fiscal. Sin embargo, sin la existencia de lineamientos de política definidos que impulsen el empleo de las mismas, más allá de la voluntad o la metodología de cada fiscal provincial, es difícil que éstas puedan solucionar el problema.

El artículo 164.3º del NCPP permite citar compulsivamente a los testigos que no se presenten a la primera citación. El mecanismo está pensado para impedir que éstos se sustraigan a su deber de colaboración de la justicia y solo pone como requisito que el declarante se hayan rehusado a asistir de manera injustificada a la primera citación.[31]

A pesar de que el Código le concede al fiscal la facultad de citar de grado o fuerza en el supuesto de la norma a los declarantes, la investigación ha permitido apreciar que ésta no se emplea en todos los casos de inconcurrencias que se presentan en la *praxis.* De hecho, la mayoría de fiscales espera a que el declarante falte dos veces para recién hacer una citación de grado o fuerza. Esta concesión no es consecuente con la brevedad de los plazos de investigación, que los propios fiscales critican. Pero como no existen tampoco directivas oficiales de Fiscalía de la Nación que impongan una línea de actuación en este punto, cada fiscal hace uso de esta facultad de acuerdo a su criterio.

Por ello sería conveniente promover una política institucional impulsada por la Fiscalía de la Nación mediante directivas que instruyan a todos los

31 Artículo 164º del Código Procesal Penal.- [...] 3. Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública.

fiscales provinciales para que éstos citen de grado o fuerza a todos los declarantes que se no asistan injustificadamente a la primera citación.

Otra forma de ganar tiempo e impedir que las dilaciones en la citación a declarantes causen un daño irreparable al plazo de la investigación sería establecer, en una misma disposición fiscal, dos o más fechas tentativas para la toma de declaración. La investigación encontró que muy pocos fiscales tenían esta manera de proceder, a pesar de que la misma puede ayudar a evitar realizar todo el procedimiento burocrático de disponer, proveer y notificar al declarante de nuevo.

La iniciativa de actuar de este modo no fue consecuencia de una acción procedente de los niveles más altos de la fiscalía anticorrupción, sino una cuestión personal de determinado fiscal proactivo. Lo óptimo sería que la realización de buenas prácticas como ésta, que no suponen invertir más recursos sino simplemente pautar determinadas actuaciones, no se deje al azar o al buen criterio de cada fiscal.

### 2.3. Obtención de documentación de entidades públicas

Una de las cuestiones estratégicas más importantes a tener en cuenta en las investigaciones por colusión o peculado es la dificultad que existe para conseguir indicios de cargo. Esta se origina, en parte, en el hecho de que en la mayoría de casos no existe una "escena del crimen" (en el sentido clásico) aprovechable para la investigación de estos delitos, lo cual obliga a la Fiscalía a reconstruir los sucesos básicamente a partir del análisis de documentos y testimonios, sin poder extraer mayor data del lugar donde ocurrieron los hechos.

Aquí, a diferencia de lo que pasa con otros delitos, los funcionarios investigados mantienen bajo su poder o están en contacto directo con la evidencia teóricamente necesaria para incriminarlos. En otro grupo importante de casos, a pesar de que los funcionarios investigados ya no laboran en la entidad donde se guardan los documentos, la excesiva burocracia suele constituir una traba para conseguir oportunamente la información relevante.

Las entrevistas revelaron que la principal dificultad que encuentran los fiscales en este tipo de casos está vinculada a la obtención de la información que guardan las entidades públicas en las que, en ocasiones, siguen trabajando los funcionarios investigados. Demoras, entregas parciales, desaparición de documentos e incluso falsificación de los mismos son algunos de los escollos que una investigación exitosa en este campo tiene

que saber superar. Pero también existen problemas normativos en la definición del tiempo en que la documentación de las entidades debe ser conservada.

### 2.3.1. Canales utilizados por los fiscales para obtener documentación

Son tres los canales principales que los fiscales emplean para obtener la documentación necesaria para armar su investigación: la solicitud directa mediante oficio a las entidades involucradas, la constitución del fiscal a la entidad, y el respectivo levantamiento de actas y la incautación de documentos. De éstos, solo el último requiere, aunque no siempre, la autorización del juez.

En las carpetas revisadas el canal más frecuente fue la solicitud directa mediante oficios. En el 89% de denuncias archivadas los fiscales solicitaron por escrito algún tipo de información a entidades públicas. Además, la variación es relativamente baja entre los distritos fiscales evaluados: Ayacucho es el distrito que más utilizó este canal (97%) y Junín, el que menos (81%).

Habitualmente, el trámite de envío de oficios de las Fiscalías Anticorrupción supone emitir una disposición que ordene oficiar, una providencia que concretice la disposición y finalmente, un oficio cursado a la entidad con la solicitud de información del fiscal. Todo esto toma en promedio 23 días, tiempo en exceso que podría simplificarse.

Además de la demora propia de lo que significa emitir tres piezas documentales distintas, las entidades que reciben la documentación tienen, también, un plazo para responder la solicitud, lo que significa que transcurrirán todavía varios días más (o semanas), hasta que las instituciones emplazadas respondan. Normalmente, como se indica más adelante, cuando estas entidades lo hacen con más de un mes de retraso.

**Tabla 15**

**Canales empleados para acceder a información**

| | Ayacucho | Áncash | Lima | Junín |
|---|---|---|---|---|
| Envío de oficios | 97% | 93% | 89% | 81% |
| Constitución del fiscal | 35% | 20% | 6% | 12% |
| Incautación | 0% | 1.3% | 3.0% | 3.3% |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

La respuesta, por su parte, puede ser satisfactoria –en cuyo caso se le envía al fiscal la información requerida–, o negativa, –en cuyo caso se le envía solo información parcial o no se le envía ninguna porque la misma no obra en los archivos–, pero en ningún caso está garantizado que al término del plazo la información requerida sea entregada.

Si el funcionario emplazado ignora el pedido de información del Ministerio Público en dos o más oportunidades, entonces se le hace un nuevo requerimiento para que entregue la información bajo amenaza de ser denunciado por resistencia a la autoridad. Entre la primera solicitud de información cursada por el Ministerio Público y la segunda, pueden transcurrir semanas, lo mismo que entre la segunda y la tercera.

El segundo canal es la constitución del fiscal en la misma entidad, producto de la cual se levanta la respectiva acta y se recoge, en ese momento, la documentación pertinente para la investigación.

En general, son pocos los fiscales que optan por este segundo canal, pese a sus ventajas. En Ayacucho es donde más se usa (35% de las denuncias archivadas) y, en Lima, donde menos (6%). Este procedimiento les permite evitar el trámite burocrático de enviar oficios y aprovechar el factor sorpresa para impedir que los funcionarios investigados destruyan, oculten la documentación considerada relevante o incluso fabriquen piezas documentales "a la medida" del requerimiento fiscal.

Finalmente, un número marginal de fiscales emplea el procedimiento de incautación de documentos. Junín y Lima tienen los porcentajes menos bajos (3.3% y 3.0%) pero la recurrencia es mínima. Incluso en Ayacucho no se halló ningún caso con incautación. Lo cual se podría deber al trámite engorroso, ya que requiere permiso judicial.

La eficiencia de cada canal para obtener la información varía en forma amplia. En promedio el primer requerimiento de documentación se ordena con una disposición fiscal luego de 120 días de recibida la denuncia. Luego hay que agregar un par de días hasta que el oficio llegue a la entidad o más, si la localidad de destino es lejana. También se debe considerar el tiempo de respuesta: las entidades que contestan suelen hacerlo con un mes de retraso; otras, simplemente, no atienden el pedido o entregan información parcial, lo cual obliga al fiscal a estar reiterando oficios.

No se ha identificado una razón que justifique la demora para hacer el requerimiento de información a las entidades. En todo caso, es posible que en algunos casos no exista claridad sobre qué información solicitar, lo que

obliga a los fiscales, previamente, a estudiar el caso. No obstante, esta demora es de más de un mes, en promedio, parece excesiva para solicitar el expediente administrativo, información elemental en casos como colusión, por ejemplo.

**Tabla 16**

**Tiempos promedio para cada canal de solicitud de información**

| Tiempo entre... | Días |
|---|---|
| Denuncia y Disposición de envío de oficio para solicitar expediente administrativo | 120 |
| Disposición de envío de oficio y envío de oficio para solicitar expediente administrativo | 23 |
| Denuncia y constitución del fiscal | 69 |
| Denuncia e incautación | 45 |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

La constitución del fiscal a la entidad y la incautación se muestran mucho más eficientes. Ambos canales permiten contar con la información, en caso de estar disponible, en el día mismo de su ejecución. En promedio, las constituciones se han realizado a los 69 días de recibida la denuncia y la incautación a los 45.

Como consecuencia de lo anterior, los fiscales terminan gastando más tiempo en requerir la documentación que en analizarla. Si a esto se le agrega que el plazo de las diligencias preliminares es bastante breve (60 días) para investigaciones simples,[32] tenemos como resultado que muchas veces las demoras en la obtención de la documentación (y más aún, la actitud pasiva de los fiscales ante ella) terminan afectando gravemente la calidad de las diligencias preliminares. A raíz de las demoras en la obtención de la documentación, los fiscales terminan investigando menos, y se exponen al control de plazos previsto en el Código.

Ello siempre aumenta el riesgo de que se produzca el archivo del caso, ya que al recaer la carga de la prueba sobre la Fiscalía, las investigaciones en las que no se logre producir la evidencia suficiente para justificar

32 Tomando el plazo establecido en el artículo 5º de la Ley Nº 30077.

una formalización de la investigación tienen necesariamente que ser archivadas. Como no existe una causal que permita suspender el plazo de las diligencias preliminares por la demora de las entidades para brindar información, la situación termina favoreciendo a los investigados en todos los casos y, en algunos de éstos, a la impunidad.

### 2.3.2. Niveles de eficiencia de los canales

El requerimiento de información es una técnica pasiva para obtener la información necesaria. Por el contrario, la constitución y la incautación son técnicas mucho más proactivas.

La decisión del canal a emplear para obtener la documentación necesaria para la investigación depende de varios factores: oportunidad, tiempos, eficiencia, pero por encima de todo estrategia. Cada canal implica distintas formas de plantear la investigación pero además hay que considerar que cada uno enfrenta dificultades distintas.

En apariencia es más eficiente el envío de oficios requiriendo información, que ir a la entidad en busca de la información, ya que necesita de poca inversión de recursos, sin embargo todo esto funciona si las entidades envían y responden rápidamente. Precisamente este no suele ser el caso: en promedio, los requerimientos son enviados después de 120 días de recibida la denuncia, y las entidades públicas responden con un mes de retraso. Además, es común que los fiscales reiteren los oficios, o bien que la información entregada no esté bajo los parámetros solicitados por el fiscal.

También hay que considerar que existen varios riesgos colaterales al requerir información, que aumentan cuando los investigados siguen aún laborando en la entidad, peor aún si el investigado tiene un cargo importante, al tener acceso a la información o bien acceso a otros funcionarios que la manejan. El ocultamiento, la alteración o la pérdida intencional de la documentación es un problema al que comúnmente se enfrentan los fiscales de todos los distritos estudiados. Es un fenómeno al parecer, bastante extendido que entorpece la investigación fiscal y hasta puede ser la causante del archivo de las denuncias.

De las entrevistas y los datos obtenidos se revela que una de las técnicas más eficaces para conseguir información consiste en apersonarse a la entidad pública que guarda la información solicitada. El NCPP establece que quien tenga en su poder documentos que puedan servir como medios de prueba, debe presentárselos al fiscal o permitir que éste conozca sus

contenidos, salvo causa justificada.[33] Lo ideal aquí es presentarse en la entidad, sin previo aviso, para evitar alertar a los funcionarios investigados y no exponerse al riesgo de que desaparezcan la información.

A pesar de esta norma, ocurre en muchos casos que al momento del apersonamiento del fiscal la información no está disponible porque no la han ubicado aún o porque ha "desaparecido". Por más que sean medios más efectivos, la constitución y la incautación tienen sus límites en las conductas irresponsable o delictiva de los funcionarios frente al manejo de la documentación.

> *"A veces te desaparecen la información de la municipalidad, simplemente no hay nada. La gestión que se va se lleva todo y entrega lo mínimo a la gestión entrante y son no habidos. Entonces en esos casos, la clásica la información se quemó, se perdió, entonces en esos casos ya solo queda archivar."* (Fiscal de Junín).

> *"En otros casos, sobretodo en el tema de las FFAA, nunca hay documentos. A veces también hay testigos o investigados que se rehúsan a acudir a las citaciones, pero muchos fiscales no ponen en práctica la facultad de traerlos de grado o fuerza por pena. Sin embargo mi jefe (...) sí lo hace y le viene reportando buenos resultados."* (Fiscal de Lima).

En estos casos, se levanta un acta disponiendo al funcionario a que en un plazo prudencial, que no debería ser mayor a 4 o 5 días, pueda conseguirla bajo responsabilidad de ser denunciado por resistencia a la autoridad[34] o algún otro delito. Pudiendo ejercer un nivel de presión razonable a dar la información, que reducen los plazos de la obtención.

Aún así, las bondades de la constitución no garantizan ni la facilidad ni la posibilidad de acceder a la información requerida, ni que estos puedan ser adulterados, o hayan sido conservados debidamente.

> *"En general cuando va el fiscal siempre es más efectivo. Sin embargo, esto no implica que se consiga el 100% de la información requerida en todos*

33 Artículo 184° del Código Procesal Penal.- 1. Se podrá incorporar al proceso todo documento que pueda servir como medio de prueba. Quien lo tenga en su poder está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial. [...]

34 Artículo 368º del Código Penal.- El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de 2 años. [...]

*los casos. Hay una omisión, por negligencia o malicia, de no realizar una detallada entrega del cargo cuando hay cambio de gestión"* (Fiscal de Lima).

La incautación de documentos privados y no privados es la segunda técnica que llamamos proactiva para la obtención de información. El NCPP establece que si las personas o funcionarios que tienen los documentos en su poder se niegan a exhibirlos, el Fiscal puede instar el procedimiento de incautación de documentos. Este procedimiento tiene reglas distintas dependiendo de si la información incautada es privada o no.

En la gran mayoría de los casos, la información que el fiscal a cargo de una investigación por colusión o peculado estará interesado en incautar, será la que está directamente vinculada con licitaciones, contratos públicos, procedimientos internos de la entidad que regulan la forma de ejecutar el presupuesto o de emplear o custodiar determinada maquinaria de la entidad, registros de uso de bienes, espacios públicos o vehículos, y otros similares.

Toda esta información es pública, lo cual constituye una ventaja de cara al procedimiento de incautación de documentos, dado que el NCPP no obliga al fiscal a pedir la autorización del juez en ese supuesto[35] (salvo que el custodio alegue el secreto de estado o el secreto profesional para negarse a la entrega). Bastará con emitir una disposición fiscal para proceder a la incautación en el acto.[36] El control judicial, de considerarse necesario por el afectado, se hará efectivo a su solicitud.

Pero también es posible que la investigación necesite documentos privados que por alguna razón no obren en el expediente de contratación.

35 Artículo 224º del Código Procesal Penal.- 1. También pueden ser objeto de exhibición forzosa o incautación las actuaciones y documentos que no tienen la calidad de privados. Cuando se trate de un secreto de Estado, el Fiscal acudirá al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de que proceda, en lo pertinente, conforme a lo dispuesto en el artículo 165º numerales 2) y 3). El que tenga en su poder los actos y documentos requeridos está obligado a exhibirlos o entregarlos inmediatamente al Fiscal, incluso su original, y todo objeto que detenten por razones de su oficio, encargo, ministerio o profesión, salvo que expresen que se trata de un secreto profesional o de Estado. El afectado, salvo los casos de invocación de secreto de Estado, podrá instar la intervención judicial, para establecer si correspondía la exhibición o incautación de todos los documentos o actos intervenidos por el Fiscal.

36 Así lo confirma la "Guía de Actuación Fiscal en el Código Procesal Penal" preparada por la Escuela del Ministerio Público, al ubicar el procedimiento de incautación de documentos "no privados" en la sección correspondiente a las actuaciones que pueden realizarse "por disposición fiscal", [en línea], (fecha de visualización el 2 de mayo de 2014), disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/guia_derecho/guia_actua_fiscal.pdf.

Cotizaciones generadas por empresas privadas, registros de personas con vínculo laboral al momento de los hechos, copias del contrato celebrado y sus adendas entre otros, también pueden ser incautadas por el fiscal. La diferencia radica en que, al tratarse de documentos privados, el riesgo de afectación a derechos fundamentales es mayor por lo que aquí sí se requiere, como regla general, la autorización del juez.[37]

Esto último podría parecer un desincentivo para emplear esta herramienta, ya que generaría demoras en el trámite judicial (más allá de que la norma precise que el juez debe dictar la resolución "sin trámite alguno"). Sin embargo, considerando que se aplican las disposiciones relativas a la incautación general de bienes,[38] cabe la posibilidad de que el fiscal disponga la incautación por su cuenta, sometiendo su actuación a control judicial de manera *ex post*[39], de modo que en situaciones de real peligro en la demora sigue siendo una herramienta útil. Además, la mayoría de éstos no necesitan permiso, puesto que los principales documentos que se requieren en la investigación de un caso de colusión o peculado son públicos.

El problema con constitución y la incautación no está en cómo ponerlas en práctica. Ambas técnicas son efectivas y permiten al fiscal contar con acceso directo a la documentación. En cierto que hay un tema con cómo los fiscales la perciben estratégicamente, pero hay un balance mayor que deben hacer y guarda relación con el tiempo que insume.

Pero tampoco se puede masificar libremente la constitución y la incautación. Hacerlo implica un fino balance entre realizar estas actuaciones y realizar otras diligencias en el contexto de recursos escasos para movilizarse y de dificultades para actuar en equipo, como muchas veces es necesario en el caso de constituciones e incautaciones.

---

37 Artículo 233º del Código Procesal Penal.- 1. El Fiscal, cuando existan motivos suficientes para estimar que una persona tiene en su poder documentos privados útiles para la investigación, solicitará al Juez para la Investigación Preparatoria dicte orden de incautación. 2. La resolución autoritativa se expedirá inmediatamente, sin trámite alguno, y contendrá fundamentalmente el nombre del Fiscal a quien autoriza, la persona objeto de intervención y, de ser posible, el tipo de documento materia de incautación. 3. Recabada la autorización, el Fiscal la ejecutará inmediatamente. De la diligencia se levantará el acta de incautación correspondiente, indicándose las incidencias del desarrollo de la misma. (....)

38 Artículo 233º del Código Procesal Penal.- [...] 4. Rigen, en lo pertinente, el artículo 218º y siguientes.

39 Artículo 218º del Código Procesal Penal.- [...] 2. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

Hacer uso de estas técnicas implica además tiempo de preparación, coordinación y movilidad que, en el primer caso, no sobra, en el segundo, se carece y, en el tercero, no siempre está disponible. El recurso tiempo es escaso, algunos fiscales optan por enviar oficios que se elaboran en minutos, pero que toman tiempo en esperar a que se les remita. Así, el requerimiento de información parece más simple pero es mucho menos efectivo frente a la constitución y la incautación, que si embargo su alta efectividad se contrarresta con los recursos necesarios para llevarla a cabo: tiempo, personal e incluso movilidad para desplazarse entre una provincia y otra.

> *"No envían de inmediato nos constituimos a la institución y recabamos toda la documentación pertinente. Pero la dificultad es sobre las instituciones que están fuera de la entidad. Como la institución conoce todo lo que es Ayacucho, no tenemos personal suficiente, ni movilidad. Uno se desplaza y recaba los documentos pertinentes. Incluso en turno no podemos desplazarnos."* (Fiscal de Ayacucho).

En todo caso, el balance entre el uso del requerimiento de información o técnicas más agresivas debe ser individual, caso por caso, pero sin perder de vista el lado estratégico: cuándo, en qué momento de la investigación, con qué recursos plantear la constitución y la incautación son aspectos que deben ser discutidos por los fiscales y deben dar pie al establecimiento de directivas que orienten la decisión de los fiscales.

### 2.3.3. Otras fuentes accesibles de información documental

Siempre resulta relevante para el sistema perseguir los casos de corrupción intermedia. Ello justificaría esfuerzos por conseguir la información de la entidad del investigado. De ser esto así, es importante asegurarse de que existan otras formas más sencillas de conseguirla, lo cual implica que el fiscal realice una labor de descarte antes de plantearse conseguir la información directamente de la institución.

Las principales fuentes en las que se debería verificar la no existencia de la información necesitada antes de intervenir en la entidad del investigado son internet, y los testigos. El Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE) está diseñado para permitir difundir la información sobre las adquisiciones del Estado y las transacciones electrónicas en su página web,[40] estando las entidades obligadas a publicar en ese sistema los

40 Véase en: http://www.comprasestatales.org/index2.php?Itemid=66, fecha de visualización el 20 de octubre de 2014.

procesos de adquisición que llevarán a cabo, las convocatorias, las bases de los mismos, los resultados, los contratos, el valor referencial de los términos de referencia, entre otros.[41]

Pese a que sin duda contar con un sistema electrónico que registre toda la información referida a contratos públicos es un avance, hay que tener en cuenta las limitaciones del mismo. Primero, al ser un sistema creado en el 2008 por la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo Nº 1017),[42] su capacidad de registrar información de contrataciones públicas previas es limitada (en la actualidad solo abarca algunas hasta el año 2004 y esto puede ser un problema para los casos en adecuación, los cuales muchas veces versan sobre hechos anteriores).

En segundo lugar, el expediente virtual no integra a toda la información del expediente físico o se pierden algunos aspectos puntuales como las firmas de quienes están detrás de ciertas transacciones, lo que genera un desincentivo para recurrir al SEACE. Los fiscales confían más entonces en el acceso directo al papel y ello ocasiona la necesidad de pedir información, esperarla, revisarla y confiar que esté completa o no adulterada.

> *"La documentación* [en versión física] *es importante porque en la documentación aparecerán las firmas de las personas que participaron en la entrega del dinero. Por ejemplo eso no aparece en las páginas del SEACE. La documentación es necesaria para individualizar a los involucrados."* (Fiscal de Áncash).

> *"Muchas veces no llega la información solicitada, pero logro descargar bastante información de la web del OSCE. Las bases integradas, acta de otorgamiento, informe técnico, entre otros."* (Fiscal de Ayacucho).

Otros problemas operativos complican aprovechar al máximo los beneficios de este sistema. Las entrevistas revelan que los fiscales no han

41 ZAMBRANO, Elisa. "Mecanismos y Sistemas existentes y vigentes. Sistema Nacional de Control y Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Roles y Funciones Actuales". En: *Informe Anual de la Lucha contra la Corrupción en el Perú-2010,* G.T.C.C. Grupo de Trabajo contra la Corrupción, Lima, 2010, p. 37.

42 Artículo 67º del Decreto Legislativo Nº 1017, Ley de Contrataciones del Estado.-El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas. Sin embargo, quedará derogado por el inciso a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley Nº 30225, publicada el 11 de julio de 2014, con vigencia a los treinta días calendario contados a partir de la publicación de su reglamento.

recibido capacitaciones sobre el empleo de este portal electrónico, a pesar de lo útil que esto sería. De la misma manera, las dificultades que tienen para acceder a un internet de calidad desde la sede donde trabajan hacen que en muchas ocasiones no se puedan descargar adecuadamente los documentos que encuentran en la *web* (dificultad que, por cierto, también experimentan los peritos).

Una última limitante con respecto a este sistema es el grado de penetración al mismo que tienen los fiscales e incluso los peritos. El sistema prevé un acceso para usuarios registrados y uno para usuarios no registrados, siendo éste último menos profuso en cuanto a la información que se puede obtener. Sin embargo, si un fiscal o un perito quisieran crearse un usuario registrado no podrían, puesto que de acuerdo a las disposiciones del SEACE solo tienen acceso al mismo Funcionarios públicos que registran información, Contraloría, Órgano de Control Institucional (previa solicitud creación de usuario - funcionario del SEACE), el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y Proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores.[43]

Para información presupuestal, otro portal importante del Estado que los fiscales podrían explotar es el Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF), el cual permite revisar la forma como han sido ejecutados los presupuestos públicos de las entidades estatales y revisar estados presupuestales, financieros y contables, entre otros. Hay incluso una versión específica para gobiernos locales. Sin embargo, para poder hacer las consultas respectivas hay que contar con un usuario y una contraseña que los fiscales habitualmente no tienen.

La otra fuente respecto de la cual los fiscales no deberían descartar obtener información son los testigos. Los miembros de los comités especiales, los postores que no ganaron la buena pro, entre otros, son algunas personas que deberían ser entrevistadas previamente por el fiscal, para verificar qué nivel de información pueden aportar al caso y si es posible reemplazar la evidencia documental por sus testimonios. Las declaraciones de testigos, sin embargo, no están exentas de problemas como ya se mencionó en este informe.

43 Así se indica en la sección de "consultas frecuentes" de la web del SEACE. Véase: http://portal.osce.gob.pe/osce/content/aspectos-generales-del-seace, fecha de visualización el 1 de mayo de 2014

### 2.3.4. Acerca de la normativa de conservación y eliminación de documentos

La normatividad archivística en materia de conservación documental y el nulo control administrativo ejercido sobre su cumplimiento merecen un párrafo aparte. En principio, los documentos de las municipalidades, gobiernos regionales y en general de cualquier entidad pública que estén vinculados a adquisiciones y contrataciones o a ejecución presupuestaria constituyen "Patrimonio Documental de la Nación".[44]

Esto significa que la eliminación de los mismos solo puede efectuarse siguiendo un procedimiento riguroso regulado por el Archivo General de la Nación (AGN), según el cual solo esta entidad debe autorizar y ejecutar su destrucción.[45]

El problema con la normativa de conservación y eliminación de documentación de archivos es general. Son las propias entidades las que tienen una alta discrecionalidad para establecer el tiempo que deben conservar la documentación. Cada entidad, a partir de esta norma general, debe elaborar su propio régimen de conservación documentaria, lo que incluye la Tabla General de Retención de Documentos que precisa los años que deben pasar hasta poder eliminar la documentación. A partir de aquí, los plazos de conservación de documentación pueden ser distintos entre entidades, así como también la clasificación que se le asigna a la documentación.

Por eso, recién en el 2013 el Archivo General de la Nación mediante Resolución Jefatural Nº 339-2013-AGN/J del 12 de agosto de 2013 emitió un conjunto de pautas para establecer tiempos de conservación comunes a ciertas entidades públicas que hasta el momento solo abarcan

44 Artículo 2º de Ley de Defensa, Conservación e Incremento del Patrimonio Documental, Decreto Ley Nº 19414: El Patrimonio Documental de la Nación está constituido por la Documentación existente en los archivos de todas las reparticiones y organismos del Sector Público Nacional; en los archivos históricos, notariales, eclesiásticos, parroquiales y de conventos, en los archivos particulares y en general por el material documental, aun de origen privado, que sirve de fuente de información para estudios históricos y de desarrollo cultural, social, económico, jurídico o religioso de la Nación.

45 V Disposiciones Generales de la Directiva Nº 006/86-AGN-DGAI "Normas para la eliminación de documentos en los archivos administrativos del sector público nacional", aprobada por Resolución Jefatural Nº 173-86-AGN-J del 18 de noviembre de 1986.- [...] 15. La eliminación de documentos es un procedimiento archivístico que consiste en la destrucción de los documentos autorizados expresamente por el Archivo General de la Nación.

a las municipalidades (Directiva Nº 001-2013-AGN-DNDAAI[46]) y las universidades públicas (Directiva Nº 002-2013-AGN-DNDAAI[47]).

No todas las municipalidades distritales ni universidades han aplicado estas pautas. Fuera de estas entidades, pareciera que la regulación de conservación de documentación es discrecional. Por ejemplo, el Gobierno Regional de Junín otorga un máximo de 17 años de conservación a todo documento de los sistemas de Tesorería, Contabilidad, Presupuesto, Abastecimiento y Control.[48]

Al parecer, la elaboración de las Tablas de Retención de Series Documentales no está extendida en el sector público. Es común encontrar el Reglamento de conservación documentaria pero no la Tabla de Retención que de ahí debe generarse.

Pero más allá de la amplitud de los plazos previstos por la reciente normativa del Archivo General de la Nación para cierto grupos de entidades, el problema del sistema de archivos radica en tres aspectos adicionales que complican cualquier investigación por peculado o colusión: el tiempo que en la práctica toman las entidades para conservar la documentación, la gestión (orden) de los archivos y la mínima sanción a quienes incumplen sus disposiciones desapareciendo documentación.

Algunos fiscales mencionaron que es común que las entidades públicas desechen documentación en tiempos relativamente cortos. Parte de las denuncias por colusión aluden a hechos ocurridos 4 o 5 años antes, pero no siempre se encuentra la información y algunas entidades emplearían normas que parcialmente los avalan.

> *"Otro problema es que por antigüedad de la documentación ellos solo están obligados a guardar esos documentos durante 5 años. Si el caso es antiguo botan toda la documentación con más ganas."* (Fiscal de Lima).

El segundo aspecto adicional está en las condiciones de archivo documentario. Suele ser un aspecto descuidado en muchas entidades

46 Referida a los procedimientos técnico – archivísticos para las Municipalidades. Disponible en: http://www.agn.gob.pe/uploads/4/9/9/8/4998504/directiva_no_001-2013-agndndaai.pdf, fecha de visualización el 21 de octubre de 2014.

47 Referida a los procedimientos técnico – archivísticos para las Universidades. Disponible en: http://foro.eventos.agn.gob.pe/MANUAL-UNIVERSIDAD.pdf, fecha de visualización el 21 de octubre de 2014.

48 Véase en: http://www.regionjunin.gob.pe/portal/transparencia/directivas/directivas_2011/008_directiva_gerencial_008_ 2011.pdf, fecha de visualización el 12 de junio 2014.

públicas que por falta de prioridad o presupuesto no cuentan con espacios ordenados para un archivamiento propio de la información. Así, la información que necesitan los fiscales puede existir pero encontrarla es una tarea difícil que en ocasiones debe ser realizada por los mismos fiscales.

> *"A veces la municipalidad tiene un acervo documentario desordenado, sobre todo cuando se trata de obras realizadas en años anteriores. Por ejemplo tenemos investigaciones de obras que se realizaron en el 2004. Quien recibe el cargo generalmente se limita a su gestión y de la anterior solo recibe lo que le dan. La anterior solo refleja lo que quiere y así sucesivamente. Nosotros oficiamos y si no traen la información recién vamos."* (Fiscal de Junín).

> *"Otro caso, voy a la PNP, me dicen que la documentación está en el archivo. Que el encargado no está. Me abren el archivo y voy y resulta que está lleno de ratas y lleno de hongos. Investigar en esas condiciones en el archivo es imposible."* (Fiscal de Áncash).

Por último, si bien existe un Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas que contempla como una infracción muy grave eliminar patrimonio documental sin permiso,[49] los fiscales mencionan que las entidades no suelen sancionar pese a que, como producto de la solicitud de información hecha por los fiscales, se les informa que ésta ya no existe.

Ante un caso de desaparición de documentos en entidades públicas relevantes para una investigación por colusión o peculado, la propia Fiscalía debería instar al Archivo General de la Nación a aplicar las sanciones administrativas respectivas, lo cual resultaría más sencillo y generaría un desincentivo en lugar de procesar a funcionario por el delito de encubrimiento.[50] Lo importante es que exista una política institucional capaz de desincentivar a los funcionarios que destruyen, desaparecen documentación relevante o retrasan su entrega.

---

49 Artículo 11º del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas por infracciones en contra del patrimonio documental archivístico y cultural de la Nación, aprobado por Resolución Jefatural Nº 076-2008-AGN/J.- Las personas comprendidas en el artículo 3º, según corresponda, incurren en una infracción muy grave al eliminar un bien integrante del Patrimonio Documental Archivístico, fuera de los casos autorizados por las disposiciones legales o su normatividad respectiva y sin autorización previa del AGN.

50 La dificultad proviene de que es necesario acreditar el dolo del sujeto activo de este delito, es decir, que éste conozca que las evidencias que oculta o destruye impiden la acción de la justicia.

### 2.4. Pericias y su rol en las investigaciones en los delitos de peculado y colusión

La pericia es empleada en las diligencias preliminares como una herramienta requerida por el fiscal para investigar aspectos técnicos especializados que lleven a establecer si existen o no indicios del delito investigado. Conviene, sin embargo, tener en cuenta que no es la única forma de solucionar estas necesidades de información. Su uso es positivo pero su abuso genera lo que, en este informe, se ha denominado "perito-dependencia" y trae consigo más efectos negativos que positivos.

Más allá de su necesidad y dependencia, hay otros asuntos de fondo. El primero es que no todas llegan a realizarse pese a que el fiscal las ordena. El promedio general de los cuatro distritos analizados es de 43%; es decir 2 de cada 5 pericias no se realiza (Ayacucho 82%, Áncash 25%, Lima 29% y Junín 58%). El segundo tema es su efectividad, en promedio, solo 1 de cada 3 logra hallar indicios, que en estos casos fueron poco relevantes –a juicio del fiscal– pues los casos fueron archivados. Nuevamente tomamos los casos límite: en Áncash muestran el mejor desempeño pues hallan por lo menos 1 indicio en el 36% de las pericias realizadas, pero en Ayacucho se llega apenas al 9%. El tercero es la falta de coordinación entre fiscales y peritos para establecer adecuadamente los objetivos de la pericia. Sin esto, las pericias pierden efectividad y capacidad de hallar indicios. Estos dos últimos aspectos son problemas de disponibilidad de peritos pero al mismo tiempo de cómo su labor está altamente limitada por las carencias de herramientas para ejecutar su labor y la falta de capacitación. No hay mayores incentivos y el Ministerio Público tiene débiles iniciativas para fortalecer a estos equipos.

#### 2.4.1. Tipos de pericias más frecuentes

Por la naturaleza de los delitos analizados, la pericia contable la más común y frecuente en las investigaciones por colusión y peculado. Se ordenó en el 81% de los casos. El requerimiento fue el mismo cuando la denuncia solo fue por colusión (75%) o peculado (75%) y un poco mayor cuando incluyó a ambos delitos (88%).

La mayoría de pericias contables revisadas en la investigación tienen por objeto determinar la existencia de irregularidades administrativas o infracciones a la Ley de Contrataciones del Estado en la adquisición de determinados bienes o servicios. Así mismo, buscan también establecer si éstas generaron algún perjuicio patrimonial y de ser así, a cuánto ascendió el mismo. En otros casos, sobre todo de peculado, se consulta

si determinados gastos estuvieron correctamente sustentados según la normatividad vigente.

La pericia de tasación o valorización es la segunda con mayor frecuencia pero su recurrencia es mucho menor que la pericia contable. Se registra en el 21% de las denuncias archivadas. Este tipo de pericia es aquella que busca determinar el valor de mercado de un bien o servicio determinado, con el objetivo puntual de detectar y demostrar la existencia de costos inflados o sobrevaloraciones, los cuáles podrían constituir indicios de un delito. Se emplean mucho para evaluar si todos los costos generados por la adquisición de bienes o servicios en la ejecución de una obra pública se encuentran dentro de los parámetros que esos mismos bienes o servicios cuestan en el mercado.

**Tabla 17**

**Pericias ordenadas**

| Tipo / Delito denunciado | Solo peculado | Solo colusión | Peculado y colusión | Total |
|---|---|---|---|---|
| Contable | 75% | 75% | 88% | 81% |
| De obra | 17% | 11% | 18% | 16% |
| De tasación o valorización especializada | 17% | 14% | 29% | 21% |
| Sobre licitación pública | 3% | 4% | 2% | 3% |
| Técnica | 8% | 4% | 16% | 11% |
| Otro tipo de pericia | 17% | 25% | 4% | 13% |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

La llamada pericia de obra es la tercera más frecuente. Se requirió en el 16% de las denuncias archivadas. Tiene un objeto un poco más amplio que la de valorización, ya que se avoca a examinar aspectos que trascienden a la sobrevaloración de costos. Por ejemplo, esta pericia puede determinar cuál es el estado real de avance de una obra pública, para lo cual comparará las construcciones o servicios realizados con lo establecido en las bases y en otros. También puede intentar verificar si los servicios por los que se pagó realmente se prestaron en la ejecución de la obra, si realmente era necesario emplear determinados materiales, ejecutarla de un modo determinado, o si ésta había sido prevista originalmente en el presupuesto de la entidad.

Esta pericia es encargada a un ingeniero civil el cual suele realizar una constatación en la propia obra para verificar el grado de avance de la misma, o para verificar la naturaleza y calidad de los materiales empleados en la construcción.

### 2.4.2. Niveles de realización y de efectividad

Además de analizar la proporción de pericias que se realizan (en función a las que se programan); también es conveniente ver en cuántas pericias se han hallado indicios de peculado y colusión. La respuesta es importante para saber si se están usando estratégicamente, ya que, como se ha anotado, se trata de un recurso muy escaso.

Los resultados son bastante preocupantes, por lo menos en dos aspectos: pericias realizadas y pericias que identifican indicios de peculado o colusión.

En dos distritos fiscales se realizan menos de la mitad de las pericias ordenadas. Es el caso de Junín (42%), pero también Ayacucho, donde 1 de cada 5 pericias se concreta (exactamente, 18%). En las entrevistas en este último distrito fiscal se registró la preocupación de los fiscales, quienes eran conscientes que se estaban archivando denuncias con pericias pendientes por el vencimiento de plazos. Esto es grave. Las investigaciones presentan vacios que ante la falta de mayores pruebas terminan archivándose, salvo que luego el caso sea reabierto por nueva prueba. Pero esto no siempre se da.

Incluso en los otros dos distritos fiscales la tasa de pericias realizadas no es tan alto: 71% en Lima y 75% en Áncash. Es una realidad compartida que, con distinta intensidad, perjudica directamente la calidad de la investigación fiscal si es que se consideró que la pericia daría información vital para la formulación de la investigación.

El segundo problema está vinculado al número de pericias en las que efectivamente se hallan indicios de peculado o colusión entre los casos que fueron archivados. A pesar de tener niveles muy distintos de realización de pericias ordenadas, en este rubro – identificación de indicios– se advirtieron niveles bastante similares, el promedio ponderado –en función de las pericias que efectivamente se concretaron– es 31% (Lima 35%, Ayacucho 28%, Áncash 32% y Junín 26%).

Estas cifras se entienden mejor con un ejemplo que haga fácil la comparación. De cada 100 pericias ordenadas, en Ayacucho se realizan 18

y solo 5 hallan indicios de corrupción por peculado o colusión. En Junín, de cada 100 ordenadas, se realizan 42 y en 11 se hallan indicios. En Áncash, de 100 ordenadas, 75 se concretan y 24 revelan delito. En Lima, de las 100 ordenadas, 71 se concretan y en 25 se hallan indicios de delito.

**Tabla 18**

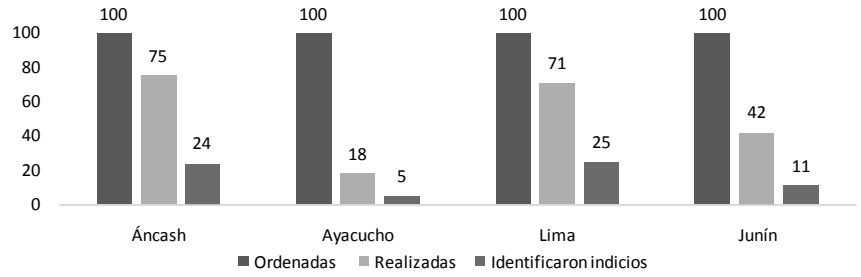
**Efectividad de las pericias en hallar indicios de peculado y colusión**

| | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima |
|---|---|---|---|---|
| % de archivos con pericia ordenada | 57% | 17% | 36% | 17% |
| % de archivos con pericia realizada | 75% | 18% | 42% | 71% |
| % de pericias realizadas con al menos 1 indicio | 32% | 28% | 26% | 35% |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

**Gráfico 16**

**Índice de efectividad de pericias para hallar indicios de peculado y colusión**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

Estas cifras revelan dos aspectos adicionales que se formulan en términos de interrogante. El primero es, ¿por qué hay denuncias archivadas pese a que la pericia determinó indicios de responsabilidad? El segundo, ¿los fiscales están solicitando estratégicamente la realización de las pericias?, esto considerando que existen tantas pericias realizadas en las que no se encontraron indicios. Salvo que estas pericias, hayan sido determinantes para desvincular a los investigados con el hecho denunciado, este recurso no se estaría usando estratégicamente.

Estos datos revelan la urgente necesidad de aplicar el test de necesidad pericial. O bien se están ordenando pericias de más –de ahí sus resultados– o bien hay carencias en la forma en que éstas son llevadas a cabo. La respuesta parece estar en ambos factores, como se verá más adelante.

Que el Estado gaste más recursos para mejorar el grado de suficiencia en el que se sustenta una formalización de la investigación tiene sentido, porque mientras mejor respaldada esté una investigación más legítima será la intervención penal posterior. También es razonable invertir más recursos cuando el fiscal tiene duda sobre si archivar o proseguir con la investigación, y se requiere información técnica para establecer si hay indicios o no, porque el sistema quiere que los funcionarios encargados de la persecución penal tomen este tipo de decisiones sobre la base de un convencimiento objetivo.

Pero en ningún caso se justifica invertir tiempo y dinero realizando una pericia para un caso cuyo pronóstico, de acuerdo al fiscal, es el archivo. Si no nos encontramos ni siquiera en un escenario de duda sino que el fiscal cree que tarde o temprano terminará archivando el caso, no tiene mayor sentido invertir recursos en una investigación que aparentemente no encontrará nada penalmente relevante.

Por otro lado, los objetivos de la pericia deben ser claros y precisos. La baja eficiencia de las pericias para hallar indicios de peculado y colusión puede deberse a la poca precisión con que algunos fiscales solicitan las pericias.[51] Un caso claro de esto tiene que ver con el encargo de acciones "de pesca" a los peritos. Por "acciones de pesca" se entiende aquellas indagaciones que debería realizar el fiscal, de forma preliminar, para saber si hay o no un hecho relevante que investigar. En la práctica, se aprecia que buena parte de los fiscales trasladan esta labor a los peritos al encargarles que revisen si una determinada licitación se ha llevado conforme a la normativa vigente, si se han producido irregularidades en la adquisición de determinados bienes u otros casos como:

- Verificar o determinar que los trabajos de mantenimiento del local de la Institución Educativa Señor de los Milagros de Mayorca - Distrito de Pampas Chico, Provincia de Recuay, realizados en el año 2010 justifiquen el gasto realizado. (Áncash, carpeta 005-2012).

51 Otro problema advertido durante las entrevistas, es la alta rotación de peritos. Muchos de ellos consideran que los salarios no están acorde al trabajo y a las responsabilidades que tienen; por ello, cada cierto tiempo rota es personal; lo cual se convierte en un serio problema ya que cuando migra un personal tan especializado se lleva consigo la experiencia acumulada durante su tiempo trabajo.

- Examen pericial contable a fin de determinar el perjuicio irrogado al Estado por el investigado al haber tenido en su poder caudales públicos, desde el día 16.9.11 al 17.11.11 (Lima, carpeta 63-2012).

- Determinar cuál fue el monto total del perjuicio económico (Lima, carpeta 92-2012).

- Verificar si el proceso de selección se realizó por el Comité Especial Permanente, si lo hizo respetando lo regulado por ley, si existieron irregularidades y si se respetó el tipo de proceso de selección que correspondía (Áncash, 16-2013).

En principio, un fiscal anticorrupción debe estar en capacidad de establecer, por sí solo, si tiene o no un hecho relevante que investigar relacionado con contratos públicos. La función del perito no es revisar la documentación que le alcanza el fiscal y en términos gruesos identificar algo irregular. Este filtro debe haberlo realizado antes el propio fiscal.

En suma, convendría formar técnicamente tanto a fiscales como a peritos. En el caso de los fiscales, acerca de pautas sobre cuándo ordenar las pericias, qué objetivos plantear y cómo articularlos a la teoría del caso. En el caso de los peritos, se requiere, igualmente, de formación; pero también de herramientas técnicas para ejecutar mejor su labor. En esa misma línea, como se verá más adelante, se necesitan más peritos y de más especialidades.

### 2.4.3. Frecuencia con la que el fiscal ordena la pericia

En los fiscales existen dos posiciones marcadas en la investigación de delitos de peculado y colusión: una que considera la pericia como indispensable (perito-dependencia) y una segunda que considera que aporta, pero que es posible apoyar la acusación en otros indicios.

En la práctica, se ha generado una fuerte dependencia de los peritajes para sostener las investigaciones por los delitos de colusión o peculado. Las entrevistas realizadas a los fiscales revelan que parte de ellos considera que las pericias para los casos de colusión o peculado son indispensables, más allá del tipo de caso concreto de colusión o peculado que se esté analizando.

> *"Porque en una investigación por peculado, colusión o malversación si no hay una pericia que lo respalde estamos de más."* (Fiscal de Lima).

> *"Investigar delitos de corrupción es más que nada tener pericias contables, de ingeniería, financieras."* (Fiscal de Lima).

> *"En peculado y colusión, sin una pericia que corrobore la apropiación, no existe el delito de peculado, no hay forma de probarlo. La pericia es indispensable para el peculado."* (Fiscal de Lima).

La jurisprudencia, en cierta medida, ha contribuido a este estado de casos con pronunciamientos como el de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1824-2011-Piura, en el que el órgano colegiado señaló que las pericias contables son "de vital importancia" para determinar el perjuicio patrimonial en los casos de peculado.[52]

Sin lugar a dudas, las pericias desempeñan un rol muy importante en la investigación de estos delitos, como ya lo ha puesto de manifiesto la doctrina.[53] Pero como en nuestro sistema la apreciación de la evidencia se rige por el principio de libre valoración de la prueba en función a las reglas de la sana crítica,[54] y no por un sistema de prueba legal o tasada, el juez no está obligado a considerar que un determinado hecho solamente puede ser demostrado empleando un determinado medio probatorio, sino que todo dependerá del razonamiento que se utilice para entender como acreditado un evento.

Esto significa que es perfectamente posible lograr acreditar hechos como el perjuicio patrimonial en el delito de colusión agravada, o el monto de lo apropiado en el delito de peculado, sin necesidad de recurrir siempre y en todos los casos a un informe pericial. Así lo demuestra, por lo demás, lo que algunos fiscales de Ayacucho mencionan como ejemplo: el haber logrado una condena por el delito de peculado sin recurrir a la pericia patrimonial. Este lineamiento viene siendo tomado como referente importante en este distrito fiscal. Como señaló el fiscal coordinador de este distrito, "nos ha demostrado que se puede ganar un caso sin pericia".

> *"Acá hay muchos fiscales que se desesperan porque no hay pericia, pero con otros elementos también se puede pelear."* (Fiscal de Lima).

52 ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. *Los Delitos de corrupción de funcionarios en la Jurisprudencia,* Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 220.

53 VARGAS VALDIVIA, Luis. "Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: Especial referencia a la prueba indiciaria". En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios*, IDEHPUCP, Lima, 2012, p. 144.

54 Ibíd., p. 136. También: SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*, IDEMSA, Lima, 2009, p. 269.

*"Hemos podido ganar casos sin peritajes. Y eso es un tema más sensible en Lima. En Lima, hay estudios con peritos. Así sea el fiscal más preparado, le va a ganar."* (Fiscal de Ayacucho).

La pericia no es indispensable en todos los casos. Si los fiscales tuviesen la formación suficiente en materia de contrataciones y adquisiciones para explotar al máximo la documentación administrativa que consiguen, o para formular preguntas clave en la toma de declaraciones, el peso capital que tienen estas herramientas hoy por hoy en esta clase de investigaciones disminuiría, lo cual contribuiría también a descongestionar el sistema y mejorar la calidad de los informes.

Analizar algunas resoluciones judiciales o dictámenes fiscales que sirvieron para confirmar condenas o anular absoluciones por el delito de colusión, permite afirmar que no siempre se debe contar con una pericia, algunos casos se pueden sustentar con documentación vinculante. La siguiente tabla permite mostrar ello de manera más fácil.

**Tabla 19**

**Jurisprudencia e importancia de información obtenida**

| Resolución o Disposición | Documentos obrantes en el expediente | Situación escandalosa acreditada |
|---|---|---|
| Exp. N° 3137-2000- LIMA | Órdenes de servicio emitidas por la entidad pública; cuadro de cotizaciones redactado por la entidad; cheques emitidos por la entidad pública. | Las órdenes de servicio a nombre del postor fueron emitidas antes de saber cuánto iba a cobrar éste por su trabajo, y el pago estaba a punto de hacerse efectivo a pesar de que el servicio todavía no había sido prestado a la entidad. |
| R. N N° 532-2003-San Martín | Bases emitidas por el CTAR – San Martin de una adjudicación directa para comprar 3 procesadores de texto; cotizaciones enviadas por las empresas que perdieron la licitación; cuadro de evaluación de las 3 cotizaciones enviadas. | La buena pro se le otorgó a una empresa que vendía el mismo producto que las otras dos, pero a un precio mayor y que esto no fue objeto de mayor motivación por parte del Comité de Adjudicaciones. |

| | | |
|---|---|---|
| R.N N° 556-2007-Áncash | Actas de sesiones extraordinarias del Municipio de Recuay y Contrato suscrito entre este y una empresa de consultoría con condiciones manifiestamente perjudiciales para el municipio. | Se impulsó la contratación de una empresa de manera contraria a lo establecido por la normatividad para suscribir este tipo de contratos y además, con condiciones que eran totalmente desventajosas para la entidad edil. |
| R.N N° 5608-97- Cajamarca (3 casos acumulados) y Dictamen N° 191-98-MP-FN-2DA FSP | Bases para la realización del procedimiento de adquisición directa de 3 ambulancias; cheque sin fondos por 93,000 soles que debía servir como garantía; contrato nuevo con el mismo proveedor que intentó dar en garantía el cheque sin fondos mencionado. | Una entidad pública licitó la compra de 3 ambulancias por 90,000 soles a través de una adjudicación directa selectiva, cuando lo que correspondía por el monto era una licitación. Se admitió que el proveedor ofreciera en garantía un cheque sin fondos, e incluso, se intentó volver a contratarlo para otra licitación por una cuarta ambulancia a pesar de que nunca entregó la tercera. |
| Recurso de Queja N° 179-2011 NCPP-CUSCO | Dos contratos suscritos entre la empresa y la Municipalidad, el primero por 245,764 soles y el segundo, posterior, por 268,642.60 soles; inexistencia de la carta fianza en el expediente administrativo. | Un alcalde le pagó a una empresa aproximadamente 20,000 soles más de lo que ésta le había cotizado para venderle materiales para una trocha carrozable, sin ninguna explicación razonable. Además, nunca le exigió la garantía por el 10% de lo licitado. |

| | | |
|---|---|---|
| R.N N° 3043-2010-Lima | Oficio por el cual Secretario General de defensa solicitó al jefe interino de la oficina de administración 40 neumáticos para los vehículos del despacho del Ministro de Defensa; comprobante de pago N° 844; cheque del Banco de la Nación por la suma de 34,932 soles girado a favor de la empresa beneficiaria; proforma del presupuesto de la empresa presentada al MINDEF (ficto N° 46-3-SGMD-I/OBT); guía de remisión del 5 de marzo del 2003; guía de remisión N° 006246, del 18 de febrero del 2006; orden de compra (Guía de internamiento n° 69), del 31 de enero del 2003; pedido del comprobante de salida Pecosa N° 175, del 5 de marzo del 2003. | Miembros de las FFAA incrementaron innecesariamente un requerimiento de llantas de 40 a 141 de una de las áreas de las FFAA para revenderlas y quedarse con el dinero. Los comprobantes de pago fueron emitidos antes de que se recibieran las llantas, se generó mucha documentación paralela para hacer creer que el requerimiento era de 141 llantas a pesar de que originalmente era de 40. |

Fuentes: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal Comentada*, Tomo II, IDEMSA, Lima, 2005, pp. 308-311; PÉREZ ARROYO, Miguel. *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú*. (2001-2005), Tomo II. Editorial San Marcos, Lima, pp. 270-271; GACETA JURÍDICA, Casuística de Jurisprudencia Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 621-623; ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal Comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 404-406; ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. Ob. Cit., pp. 70-76, y 122-134.

Elaboración propia.

Si bien en estos casos la corrupción fue manifiesta, queda demostrado que no siempre se requiere de una pericia para formalizar una investigación. Existen casos que se pueden construir a partir de la documentación analizada; y, otros, en los que probablemente se requerirá de un análisis más sofisticado para el cual los fiscales deben estar capacitados.

En principio, antes de requerir una pericia, convendría tomarse el tiempo de verificar si verdaderamente hay aspectos densos o complejos de alguna

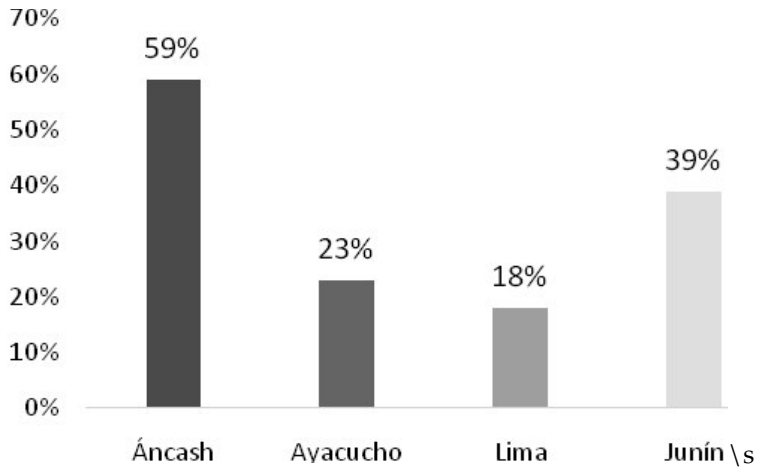
disciplina técnica cuyo esclarecimiento resulta necesario para la teoría del caso; también convendría preguntarse si esta información podría obtenerse a partir de otro medio. Ya que en la práctica, uno de los hallazgos de esta investigación es que parte importante de los fiscales solicitan la realización de pericias de manera mecánica para completar sus diligencias, pero sin verificar si la teoría del caso que sostienen realmente necesita de estos informes.

A la luz de los resultados, en algunos distritos fiscales como Áncash y Junín, no se estaría evaluando la necesidad al momento de solicitar las pericias, ya que existe un alto porcentaje de casos archivados que cuentan con ésta (59% y 39%, respectivamente). Salvo que todos estos casos hayan sido supuestos de duda en los que sin la pericia no hubiese sido posible para el fiscal archivar, es probable que se esté desaprovechando un recurso escaso.

Resulta necesario también acopiar información antes de decidir si corresponde o no realizar una pericia. Solo el análisis de la información previa que se tenga permite tener un pronóstico a partir del cual decidir si se solicita o no la pericia. De esto se desprende que, salvo los casos en los que la denuncia de parte viene con abundante información, lo normal debería ser que la pericia no sea una de las primeras diligencias ordenadas por el fiscal.

**Gráfico 17**

**Denuncias archivadas con pericia ordenada**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

Se sabe, además, que el peritaje es un recurso escaso; por lo que podrían evaluarse mecanismos para su uso adecuado y racionalización. Por ello, se les podría requerir a los fiscales que expliciten cuál es la teoría del caso que están buscando fortalecer y cómo la información obtenida a partir de la pericia contribuye a ello.

### 2.4.4. Oferta de peritos y demanda de su trabajo

Uno de los evidentes problemas advertidos a partir de las entrevistas realizadas a los fiscales del subsistema anticorrupción, tiene que ver con el insuficiente número de peritos disponibles en cada fiscalía y en la Dirección contra la Corrupción de la Policía para atender los abundantes requerimientos de informes periciales. Al tiempo de la investigación, Ayacucho y Áncash contaban con dos, uno contable y el otro ingeniero. Junín tenía tres y Lima cinco.[55]

Si bien con el nuevo modelo corporativo y la re-potenciación de la labor del Ministerio Público a raíz de la entrada en vigor del NCPP se dio un giro importante en esta área al implementar unidades periciales exclusivas para el Ministerio Público, este importante esfuerzo no ha sido suficiente para cubrir la demanda que existe.

**Tabla 20**

**Disponibilidad de peritos por distrito fiscal**

| | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima |
|---|---|---|---|---|
| **Recursos** | | | | |
| Número de peritos | 2 | 2 | 3 | 5 |
| Número de Fiscalías Anticorrupción | 1 | 1 | 1 | 2 |
| Número de despachos fiscales | 5 | 3 | 4 | 13 |
| Número de fiscales provinciales | 5 | 3 | 4 | 15 |
| Número de fiscales provinciales adjuntos | 9 | 6 | 8 | 47 |
| **Disponibilidad** | | | | |
| Fiscales por perito | 7 | 5 | 4 | 12 |
| Carga de casos por perito* | 153 | 172 | 235 | 163 |

* Es la cantidad de denuncias ingresadas a las Fiscalías Anticorrupción, durante el año 2011.
Fuente: Información proporcionada por la Fiscalía de la Nación; Entrevistas a fiscales.
Elaboración propia.

55 A octubre de 2014, el número de peritos en los cuatro distritos fiscales, es de 18 (Lima 6, Ayacucho 3, Áncash 6 y Junín 3).

Las entrevistas revelan que los peritos de Lima realizan aproximadamente entre 12 y 15 pericias por año. El tiempo que tardan en terminar un informe pericial cambia en función a variables como información disponible y complejidad. Las más sencillas pueden tomar 20 días o incluso menos, las de dificultad intermedia entre un mes y medio y dos meses y medio, y las más complejas pueden tardar 8 meses.

En provincia, la situación es más compleja. El único perito contable de la fiscalía anticorrupción de Ayacucho señalaba que dependiendo de la complejidad, podía llegar a producir 5 o 6 pericias por mes. Aunque el número parece elevado, resulta poco para la carga que tiene, que puede llegar a 64 o 68 requerimientos mensuales (dado que son 9 fiscales los que trabajan con él). En Áncash, los peritos ingenieros civiles pueden llegar a recibir 36 requerimientos de pericia por mes, considerando la carga de las fiscalías comunes y la de la fiscalía anticorrupción, emitiendo entre 8 y 10 informes mensuales.

> *"Otro problema son las pericias, en peculado y en colusión los peritos tienen excesiva carga, no hay la cantidad suficiente. Entonces a veces el fiscal advierte que la pericia no está como tú la querías. Entonces a veces internamente le pides que la mejore, porque si no se te cae el caso. Siempre es necesario analizar uno mismo la pericia para asegurarse de que es sólida."* (Fiscal de Lima).

> *"Toda la fiscalía trabaja con un solo perito contador para 1200 casos. Y estos delitos son de naturaleza compleja y eso ocasiona que no nos pronunciemos sobre lo complejo."* (Fiscal de Ayacucho).

> *"Trabajar con peritos es difícil porque solo tenemos un solo perito contable para todos los despachos. No emite sus peritajes a tiempo, o sus deducciones no encajan exactamente en lo que les va a servir para el proceso a los fiscales. Ellos también necesitan una capacitación."* (Fiscal de Ayacucho).

La cantidad de requerimientos de los fiscales dirigidos a los peritos para que entreguen el informe solicitado que aparecen en las carpetas da cuenta de los muchos retrasos que tienen al momento de entregar su trabajo. Esto se debe a la sobrecarga de solicitudes de pericias experimentadas en cada fiscalía.

Como si la carga de las propias Fiscalías Anticorrupción no fuera suficiente, por lo menos los peritos de Áncash y Lima también reciben solicitudes de

pericia de las fiscalías comunes. El tiempo de dedicación por pericia se diluye, así como también la capacidad de los peritos en especializarse. Para otros peritos, como el de Ayacucho, es incluso más complicado pues tienen asignado más de un distrito fiscal como área de trabajo.

> *"Adicionalmente otro tema que recarga nuestras labores es que no solo atendemos a la unidad especializada de las fiscalías especializadas anticorrupción, sino también de otras fiscalías penales comunes. Nos piden el servicio y entonces accedemos pero quita tiempo."* (Perito de Lima).

> "[Hacemos] *10 pericias por mes más o menos, 8 o 9, pero también tiene la carga de las fiscalías comunes. Todos los días cada fiscalía común le pide una pericia a su despacho. 36 por mes aproximadamente de las comunes. Pero no se llegan a hacer todos por mes."* (Perito de Áncash).

> *"Ojo no es que sea el único de Huamanga y ni siquiera el único en todo Ayacucho: es el único de todo Ayacucho y además de La Convención Cuzco y de la provincia de Angaraes Huancavelica."* (Perito de Ayacucho).

La mínima cantidad de peritos ha hecho que se trate de asignar mejor este recurso escaso. Incluso así hay problemas. La falta de peritos no se resuelve, sólo se homogenizan las carencias.

> *"Falta de peritos. Solo se cuenta con un perito contable y un ingeniero para los 5 despachos. Es un problema a nivel nacional la falta de peritos. Inicialmente se acordó un cronograma de turnar a los peritos por semana. Es decir al ser 5 despachos, éstos debían esperar 5 semanas para un nuevo turno. Además el perito no solo realiza trabajo de campo sino de gabinete para elaborar sus informes. A la fecha, el turno de cada despacho respecto a los peritos es de 3 días."* (Fiscal de Áncash).

A la falta de peritos, se suma la ausencia de peritos especializados. Son tres las necesidades señaladas por los fiscales: peritos informáticos, especializados en mecánica y en audio (voz). A nivel nacional, sólo hay dos peritos autorizados para certificar audios que provienen de interceptaciones telefónicas, por ejemplo. Y es evidente que su capacidad de trabajo está sobrecargada y que ello impacta en cómo casos a nivel nacional son archivados o bien las acusaciones pierden peso en juicio oral. En el distrito fiscal de Lima se cuenta con personas que transcriben audios pero su trabajo no es del tipo pericial sino referencial para los fiscales. En casos como los de colusión, este tipo de pericias son importantes en tanto difícilmente se dejan evidencias documentales de la comisión del delito.

*Cada persona que se ha sometido a una pericia tiene que levantar muestras de voz. Hace poco se frustró una audiencia por inconcurrencia de estos peritos de Lima."* (Fiscal de Junín).

*"Lo clásico en dificultades es que muchas veces hay conversaciones y grabaciones entre las partes, pero estas niegan su voz y entonces el perito de voz, que hay muy pocos, tiene que identificar las voces y determinar a quién le corresponde. "* (Fiscal de Junín).

*"Hay un solo perito en todo el país que ve el tema de audios, y está con una denuncia por falsedad. Es el único que hay en todo el país. Ahora hay instituciones privadas que hacen esto, pero es caro el servicio que prestan. Es una incertidumbre. El sistema exige buenos casos, sólidos, pero no da los medios para poder lograrlo."* (Fiscal de Lima).

Los peritos informáticos son igualmente necesarios. Una fiscal contó el caso de un funcionario público de una municipalidad que había alterado el SIAF creando obligaciones a su parecer. Era necesario determinar desde qué máquina se había hecho esta alteración para poder identificar al funcionario. Pero para eso se necesitaba un perito informático. Esta fiscal recurrió a la Policía pero no pudo actuar. Nunca se pudo conseguir la pericia y el caso se archivó.

*"Es necesaria la contratación de peritos informáticos. Todo lo hacen a nivel de informática. Yo me he percatado que muchas veces ponen otras cosas en el sistema y que un especialista lo podría detectar. Tal vez en una intervención para ver la copia espejo."* (Fiscal de Ayacucho).

Muchos fiscales optan por buscar reemplazo a los peritos especializados o faltantes. Se busca en el sector privado pero no siempre es la solución. Cobran y el Ministerio Público no siempre está dispuesto a hacerlo o incluso a pagar oportunamente. En otros casos las mismas entidades, interesadas en que se sancione a los investigados, financian los peritos. Pero no son la mayoría ni es la forma de llevar adelante la política de persecución de actos de corrupción. El Ministerio Público no puede ser reemplazado en esta función.

*"No contamos con peritos especializados en mecánica, para valorar la calidad del concreto, porque la mayoría de obras están mal hechas. ¿Y dónde realizan esto? Únicamente en la UNI y ahora ¿quién paga ese perito? Nosotros solicitamos. En un caso la Fiscalía tuvo que cubrir porque se requería hacer esa pericia. Al perito se le pagó después de un año, año y medio. Ningún perito quiere asumir las pericias."* (Fiscal de Lima).

> *"Se estuvo coordinando con las instituciones públicas que cuentan con contadores que pueden apoyar con peritajes. Sin embargo, los peritos cobran y la fiscalía no cuenta con los recursos. El Código establece el monto. ¿Y quién cobra? La Fiscalía no tiene presupuesto. Hay algunas instituciones que nos apoyan en ese sentido, como municipios que hacen sus propias pericias, sobre de Pichari, Quimbiri, los de la Selva, pero de otros sitios no cuenta."* (Fiscal de Ayacucho).

Los conflictos de interés también son un tema a considerar cuando, por ejemplo, un perito ingeniero de la zona ha hecho trabajos previos para la entidad pública del funcionario investigado o cuando simplemente tiene la posibilidad futura de ser contratada para una obra estatal.

## 3. Evaluación general del archivo fiscal y de la disposición de archivo

### 3.1. "Archivos inadecuados": proporciones y características

El problema con el uso de la figura del archivo es que, su puesta en práctica, escasamente regulada y con mecanismos de control débiles, constituye un riesgo latente para archivar denuncias que podrían ser formalizadas con una mejor investigación. Es así que, a las denuncias archivadas en las que se consideró, bajo parámetros de este informe, que el fiscal debió formalizar la investigación preparatoria se les ha denominado "archivos inadecuados". A ellos, se contraponen los archivos en los que se observan decisiones ajustadas a las causales de archivo previstas en el NCPP y/o adoptadas sobre la base de no haber podido encontrar indicios reveladores y suficientes para probar procesalmente la comisión del delito, no obstante la investigación realizada y aun cuando pudiera ésta evidenciar alguna debilidad en el planteamiento. A ellos se les ha denominado "archivos no cuestionados" por el estudio.

Hay tres explicaciones de fondo empleadas para justificar un archivo: (i) hechos que caben bajo el tipo penal pero que carecen de relevancia jurídica, (ii) denuncias cuya modalidad delictiva es muy difícil de probar, ya sea porque las evidencias son escasas o nulas; o porque no permiten formar indicios para proseguir con la investigación y (iii) denuncias con hechos que obedecen a una deficiente comprensión de los delitos de corrupción de funcionarios (archivo por atipicidad). Un archivo inadecuado no se enmarca en ninguna de estas explicaciones; por el contrario, estos archivos corresponden a casos en los que la decisión de archivo no está debidamente fundamentada en razón de una investigación fiscal mínimamente solvente y acuciosa; y ello, no obstante tratarse de denuncias donde existen indicios suficientes que apuntan a la comisión de delitos de corrupción (peculado

y/o colusión) o que pudieron ser generados a partir de una mejor investigación. Los criterios para esta calificación son los siguientes:[56]

1. Desidia para obtener la información y realizar el peritaje necesario.
2. Falta de minuciosidad en el análisis de la información obtenida.
3. Inadecuada gestión de la obtención de la información: no utilizar la facultad de apremio.
4. Inadecuada valoración de la relación funcional.
5. No establecer claramente los objetivos de las pericias.
6. Falta de estrategia en la toma de declaraciones.
7. Inadecuada valoración de los medios probatorios.
8. No reprogramación de diligencias trascendentales.
9. No contraste de la información obtenida de la declaración con otras fuentes.
10. Mala calificación: problemas con teoría dogmática: *"no juicio de subsunción"*.
11. Manifiesta incongruencia entre lo denunciado y las razones del archivo.

Luego de analizar cada carpeta y disposición de archivo, se determinó que, aproximadamente, en los distritos fiscales de Áncash (32%), Ayacucho (29%) y Junín (32%), 1 de cada 3 archivos es inadecuado. En Lima, la proporción es menor y alcanza al 14% de los archivos –1 de cada 7–. Estos porcentajes representan la proporción de archivos que, con una mejor investigación, muy probablemente hubieran podido ser formalizados; sin embargo, ante la ausencia de mecanismos efectivos de control de la calidad del trabajo fiscal, se convierten en casos cerrados que difícilmente podrán ser reabiertos –salvo que se obtenga la siempre difícil nueva prueba– y que, en algunos otros casos, implican cosa decidida. Cabe precisar que no se está señalando que estos casos hubieran llegado inexorablemente a juicio oral o que los investigados merecían ser sancionados penalmente; pero sí que, dadas las evidencias encontradas, se debió formalizar la investigación y, en esa etapa, con mayores elementos convicción, definir el futuro del caso.

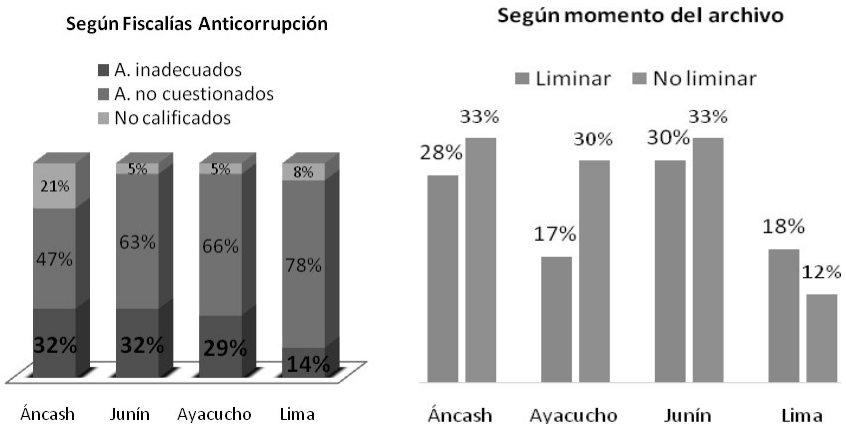
56 Cabe precisar que a estos criterios no se les asignó pesos ni puntajes específicos, toda vez que la máxima de la experiencia fiscal -cotejada en las entrevistas y reuniones de trabajo realizadas- dicta que los fiscales no hacen un ejercicio matemático de acumulación de la lectura de los documentos del expediente, sino más bien una valoración conjunta. Este último criterio fue el que se adoptó para determinar la calificación del archivo.

Existe un porcentaje residual de archivos que no fueron clasificados en cada distrito fiscal, se trata de denuncias archivadas en las que el equipo investigador no tuvo convicción para determinar si eran archivos inadecuados o no cuestionados. Estas disposiciones fueron excluidas del análisis, quedando sólo aquellas en las que se tiene la certeza de la condición del archivo.

En el gráfico Porcentaje de archivos inadecuados según momento del archivo, no se observa una tendencia marcada; sin embargo, se advierte que a nivel no liminar el porcentaje de archivos inadecuados en el distrito de Lima (12%) es mucho más bajo que en el resto de distritos (Áncash 33%, Ayacucho 30%, Junín 33%), lo cual sugiere una mayor dificultad de los fiscales de estos distritos para advertir los indicios o medios probatorios que resultaron de los actos de investigación.

**Gráfico 18**

**Porcentaje de archivos inadecuados**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

### 3.2 Explicaciones de fondo

Son tres las explicaciones de fondo de los archivos inadecuados detrás de las razones dadas por los fiscales en sus disposiciones: investigaciones poco profundas, no planificación de diligencias importantes y dificultades para establecer la relación funcional en forma correcta. Se trata, recalcamos, de debilidades en la planificación de los actos de investigación, en las técnicas

de investigación o de errores de interpretación más frecuentes. Por ello se ha agregado una explicación de fondo adicional para incorporar algunos casos que reflejan éstos a nivel fiscal.

Las dos primeras explicaciones representan el mayor porcentaje de los archivos de inadecuados. Es más, son explicaciones que hasta cierto punto concurren al mismo tiempo en un archivo inadecuado, pero las separa una diferencia clara: las investigaciones poco profundas aluden a estrategias de investigación que dejan posibles indicios sin investigar, en tanto que la no planificación de diligencias dejan diligencias pendientes o sin realizar.[57]

### 3.2.1. Investigaciones poco profundas

Alude a investigaciones donde la documentación recabada por el fiscal proporcionaba evidencias del delito que hubieran podido ser identificadas con una investigación más acuciosa. No había más por recabar, simplemente era necesario ordenar la información en manos del fiscal y darle un sentido estratégico en apoyo de la teoría del caso que el fiscal desarrollase. Es un problema íntimamente ligado a las técnicas de investigación para las cuales los fiscales cuentan con escasa orientación técnica y metodológica.

El "caso del vehículo en el taller" (Áncash, carpeta fiscal Nº 187-2013) es un primer buen ejemplo. Empieza en el 2005, cuando un grupo de personas interpuso una denuncia penal contra comuneros de Huayllapampa por usurpación y otros delitos. Sin embargo, luego de la investigación se absolvió a los comuneros y se demostró que el predio era de propiedad de la comunidad. El 20 de mayo de 2013, los denunciados destruyeron las plantaciones del predio, para lo que se habría utilizado el vehículo de la Municipalidad Distrital de Llacllin, hecho que constituiría peculado de uso.

El fiscal se apoya en que las investigaciones probaron que dicho vehículo en la fecha que se habría utilizado, se encontraba en un taller de mecánica en un lugar distinto al de los hechos. Por esta razón se archiva, ya que el fiscal considera que era materialmente imposible la comisión de lo denunciado. No hay mayor investigación. Se archiva únicamente con documentos recibidos de parte. No verifica ni contrasta la veracidad de los documentos ni solicita documentación a la municipalidad.

El "Caso del Consorcio Padua" es más complejo (Áncash, carpeta fiscal Nº 204-2013). Se denuncia al gerente regional de Infraestructura del Gobierno

57 Aunque el análisis que sigue está centrado en las denuncias incorrectamente archivadas, se ha hallado archivos limpios con deficiencias similares a los archivos de baja calidad.

Regional de Áncash por supuesto delito de peculado. Se le acusa de haber ordenado que se le pague 460 mil nuevos soles al Consorcio Padua, cuya conformación al 2012 era distinta del Consorcio Padua que ganó la buena pro, que firmó el contrato con el Gobierno Regional y que ejecutó la obra en el 2011. Los denunciantes indican que el funcionario denunciado habría permitido que se cobre el dinero por una empresa distinta a la que ganó la buena pro y con la que se firmó el contrato, configurándose así el delito de peculado. Esta denuncia proviene de la fiscalía provincial común donde se abrió proceso contra los representantes legales del segundo Consorcio Padua.

En este caso, el fiscal menciona que no es posible subsumir el delito de peculado a los hechos denunciados por cuanto de la actitud del gerente de Infraestructura –quien firmó el contrato y luego ordenó el pago de los montos contratados– "no se advierte esa intención de hacerse propietario de la cosa de querer tener el bien para sí, a pesar de no tener dicha facultad" (sic) o de retirarlo de la esfera de dominio del Estado. Asimismo, menciona que tampoco se subsume luego del pago de la obra, pues el tipo penal requiere que el agente público tenga la calidad de administrador, custodio o perceptor, y que éstas no son las cualidades del gerente de Infraestructura del Gobierno Regional, por lo que al no subsumir los hechos en el tipo se archiva por atipicidad, lo que colocaría a los hechos de la denuncia como cosa decidida, a menos que no se haya cumplido con notificar a la Procuraduría y ésta solicite la nulidad de lo actuado.

Se trata de un archivo inadecuado por cuanto el fiscal no solicitó información para saber cuáles eran los alcances del puesto de gerente. Tampoco averiguó por qué se había pagado a un consorcio distinto del que había ganado la buena pro. El monto es de 400 mil nuevos soles, lo que amerita una mayor investigación sobre la ruta que siguió la constatación de la obra y las áreas por las que pasó el trámite de pago antes de ser cancelado. Incluso se pudo evaluar la comisión del delito de colusión, por cuanto la no observancia del procedimiento sobre contrataciones públicas por el Gobierno Regional constituye un indicio de posible intervención en los hechos, sobre todo por el monto pagado.

El "Caso de la testigo trabajadora de limpieza" (Junín, carpeta fiscal Nº 494-2012) grafica con mayor extensión la falta de acuciosidad en la investigación fiscal que finalmente determina erróneamente el archivo de la denuncia.

Se denuncia a funcionarios de la Municipalidad Distrital de Colcabamba por el delito de colusión. Ellos integraron el comité de selección de la obra

de ampliación y mejoramiento de los servicios de agua potable y desagüe de la localidad de Colcabamba Tayacaja (Huancavelica), y se les acusa de haber otorgado de manera irregular la buena pro de la obra valorizada en 7.4 millones de nuevos soles a la Empresa Construcciones y Maquinarias del Sur SAC (COMASUC)

Esta irregularidad presuntamente se habría producido por dos factores. En primer lugar, por no haber realizado la recepción de propuestas y la apertura de sobre en el local convocado a través del portal del SEACE. Producto de ello se presentó un solo postor, quien finalmente ganó. Y, en segundo lugar, porque el expediente técnico respecto de las maquinarias no coincide con las bases de la convocatoria.

El fiscal considera que no existe ningún elemento de convicción, documento ni declaración que acredite que los denunciados hayan concertado, convenido o arreglado con el representante de COMASUC, a fin de hacerle ganar en los resultados del proceso; no obstante, haber fundamentado anteriormente –en la Disposición de ampliación– que requería tiempo adicional porque había recabado elementos de convicción referentes al objeto de la denuncia, además que podrían existir otros delitos. Evidentemente, no solo emitió pronunciamientos contradictorios, sino que se apartó de la finalidad de las diligencias preliminares, tendiente a realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente.[58]

Además, resultaba de vital importancia el haber recabado la declaración de la supuesta testigo. Una trabajadora de limpieza que señaló que en el auditorio no se había llevado a cabo ninguna reunión (del comité de selección). Sin embargo, el fiscal se habría conformado con la documentación presentada por uno de los investigados, en la que se afirmaba que dicho testimonio era falso, en tanto dicha persona no trabajaría en la municipalidad. Para sustentarlo presenta un informe de su propia entidad que da cuenta solo de las personas contratadas bajo planilla, entre las que no estaba la testigo.

Se conoce que en la práctica este tipo de personal no cuenta con contratos laborales sino contractuales, e incluso a veces bajo el modelo de la tercerización laboral; no obstante, el fiscal no llamó a testificar

58 Artículo 330.2° del Código Procesal Penal.

a la testigo o corroboró si realmente dicha persona realizaba algún servicio, independientemente del régimen contractual o laboral para la municipalidad.

Este siguiente caso grafica bastante bien la baja iniciativa de investigación de algunos fiscales. Es el "Caso de la firma adulterada" (Áncash, carpeta fiscal Nº 190-2012). El denunciante señaló que su firma fue adulterada para la firma de un contrato que comprometía la realización de una obra en Huallanca. El monto de este contrato habría sido adulterado usando un contrato de consultoría de obras en el cual el denunciante sí participó, para hacer un expediente técnico fraudulento que permitiese aumentar el precio consignado.

A la luz de la documentación que obra en la carpeta fiscal, el Fiscal no se preocupó de verificar si realmente alguien había suplantado la identidad del denunciante en el concurso público anulado. No intentó verificar la autenticidad de las firmas con el fiscal que tenía el contrato original, ni tampoco se planteó usar el mecanismo de la prueba trasladada para acceder a esta prueba.

Estos casos evidencian, sino una falta de capacidad, sí al menos una de planificación de la investigación. Los defectos que se aprecian en la disposición de archivo no son más que la consecuencia de cómo se planificó y llevó a cabo la investigación. De ahí que, como se viera anteriormente al evaluar cuantitativamente algunos aspectos de las disposiciones fiscales, haya una debilidad manifiesta en el análisis de las evidencias, la claridad de las causas del archivo, así como en la determinación de la valoración de cada medio probatorio.

### 3.2.2. No planificación de diligencias importantes

También se han registrado casos que se archivan por la no realización de diligencias importantes. En algunos casos, se advirtió el fuerte vacío de posibles evidencias que no fueron tomadas en cuenta en la investigación y que habrían determinado la conclusión de los mismos. Esto se ve claramente en los siguientes casos.

El primero, referido a las irregularidades en el proceso de selección, ejecución y supervisión de una obra, el cerco perimétrico de la Institución Educativa Nº 30,177, a cargo de la Municipalidad Distrital de Huasicancha. Asimismo, el caso da cuenta de la negativa del ex alcalde de entregar dos vehículos pertenecientes al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, otorgados en uso a dicha Municipalidad (Junín, carpeta 292-2012).

La gestión entrante de la Municipalidad realizó un peritaje técnico y financiero a dicha obra, para establecer si la gestión anterior había incurrido en malos manejos en el presupuesto de los tres millones de nuevos soles destinados a la ejecución y supervisión de la obra. La pericia determinó irregularidades, y vicios ocultos en la misma. Se verificó también que la gestión anterior había pagado con el presupuesto solo la ejecución, dejando de lado la supervisión de la obra, la cual fue incluida en una adenda al contrato. Incluso, se constató que la celebración de la adenda no había contado con el acuerdo de concejo municipal.

Por estos hechos, la gestión entrante denunció a la saliente por peculado, colusión, malversación de fondos, concusión, y rehusamiento a la entrega de bienes de la entidad. El fiscal provincial a cargo de las diligencias preliminares archivó la denuncia por todos los delitos. En relación al peculado, archiva por considerar que no se acreditó la relación funcional entre los denunciados, y los fondos del Estado, por tratarse del alcalde, residente y supervisor de obra; y, porque no se acreditó que estos se hayan apropiado de los fondos. En relación al delito de colusión, también señala que no existe relación funcional entre los investigados y el objeto materia del delito.

El fiscal archivó la denuncia, sin contar con una pericia valorativa, ni con una inspección *in situ* de la obra (si bien se solicitó, ésta no llegó a realizarse), que permita desvirtuar las irregularidades y vicios señalados en la pericia de parte. Tampoco evaluó los documentos obrantes en la carpeta fiscal (comprobantes de pago, facturas, órdenes de servicio, entre otros), ni consideró que la imputación de responsabilidad penal de los altos funcionarios podía darse por comportamientos omisivos; en el mismo sentido, no se advirtió la necesidad de ampliar la investigación a otros funcionarios involucrados en la obra. La disposición fiscal tampoco profundizó sobre la no entrega de los vehículos.

En relación al plazo de las diligencias preliminares, el fiscal dispuso un plazo de 80 días, sin sustentar por qué razón tomaba dicho plazo, considerando que el plazo de las diligencias preliminares era -en ese momento- de 20 días. De este plazo, 40 días los otorga a la Dirección contra la Corrupción para que realice diversas diligencias. Luego de los 43 días del vencimiento del plazo inicial (a los 123 días), el fiscal amplía el plazo en 40 días adicionales (163), de los cuales 30 días –igualmente– le otorga a dicha Dirección, el fiscal señala que la investigación estaba incompleta, y amplía por 60 días más la investigación (223), de los cuales, 50 días otorga a la Dirección contra la Corrupción.

Así, la realización de las diligencias preliminares incluyeron dos "ampliaciones"; la primera, sustentada en el artículo 334.2º, propia de las diligencias preliminares, y dispuesta fuera del plazo inicial; y, la segunda, al plazo máximo de la investigación preparatoria del artículo 342º del NCPP. Así, se puede evidenciar que el fiscal consideró a partir de la Casación 02-2008-La Libertad que el plazo máximo era 180 días. Sin embargo, como se desarrollará más adelante, el plazo máximo de las diligencias preliminares conforme a dicha casación, era de 120 días.

Otro caso relevante fue el "Caso de lotes de terreno y otros", en el que se denuncia por peculado al alcalde del Centro Poblado Unión Perené (Junín, carpeta fiscal Nº 482-2012). La denuncia planteó que la autoridad edil comercializó a título personal la venta de un terreno de la municipalidad que le habrían generado ingresos por 10 mil nuevos soles. Asimismo, se habría apropiado del pago de impuestos de 2 mil nuevos soles por concepto de impuestos adeudados desde el 2004, que un ciudadano habría efectuado a favor de la Municipalidad.

El fiscal, al aperturar diligencias preliminares, consideró necesario recoger la declaración del denunciante, el investigado y de dos testigos. No obstante, al no haber concurrido los sujetos procesales antes señalados, consideró archivar la denuncia argumentando la inexistencia de indicios suficientes que apunten a la idea de que el dinero no ingresó a la municipalidad, ya que solo existía la sindicación del denunciante sin ser corroborada por otro medio probatorio; así también al no haber podido establecer la relación funcional del bien con el denunciado.

Así, la decisión de archivo del fiscal termina estando poco fundamentada y amparada en muy poca información relevante. El Fiscal, al señalar que la sola sindicación del denunciante no era suficiente y de que no existía medio probatorio alguno, termina en la práctica transfiriéndole al denunciante la carga de la prueba, para esclarecer si el dinero ingresó (o no) a la Municipalidad y saber cuál era la relación funcional del bien con el denunciado.[59] Es claro que el Fiscal debió verificar el contenido de la denuncia y recoger los indicios probatorios necesarios no sólo a través de las citaciones, sino además solicitando información sobre la titularidad del

59 El artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal sobre la titularidad de la acción penal.- 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad", y 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (...)".

terreno. Para ello pudo solicitar la partida registral del terreno o, a través de un pedido de información al Sistema Nacional de Bienes Estatales, determinar si se trataba de un bien estatal y si se había efectuado o no una transferencia de dominio. También pudo indagar si el alcalde contaba con la autorización legal para disponer del terreno. Además, pudo solicitar una pericia valorativa sobre la existencia de los bienes, el destino de los mismos, el ingreso del dinero a fin de determinar la existencia del aspecto material del delito,[60] tanto del terreno vendido como del impuesto pagado. Respecto a este último hecho denunciado tampoco el fiscal requirió información que determinase la existencia del impuesto para opinar sobre la configuración del delito de cobro indebido. Nada de esto ocurrió.

### 3.2.3. Dificultades para establecer la relación funcional

La última explicación tiene igualmente un trasfondo jurídico. El establecimiento de la relación funcional del investigado suele generar dificultades en algunos fiscales, toda vez que constituye requisito *sine qua non* que el bien público objeto de la apropiación o utilización, esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal.[61]

Las debilidades en la interpretación de la relación funcional se encuentra presente, por ejemplo, en el "Caso de los cascos" (Ayacucho, carpeta fiscal Nº 288-2012). El ex gerente de Transporte de la Municipalidad Provincial de Huamanga que se desempeñó durante el año 2010, solicitó la adquisición de 880 cascos, modelo chavito, para los conductores de mototaxis. Una vez adquiridos por la municipalidad los cascos le fueron entregados para su entrega a los mototaxistas. Sin embargo, luego de hacerse una auditoría, se comprobó que los cascos estaban guardados en un lugar inadecuado para su conservación y que además faltaban 98 unidades, valorizadas en un monto de S/. 3,036.00. Al descubrirse este faltante se le invita a devolver los cascos o su equivalente en dinero, y como no responde la procuradora lo denuncia por peculado doloso.

El fiscal a cargo archiva la denuncia porque considera que tanto el Reglamento como el Manual de Organización y Funciones de la Gerencia de Transportes de la municipalidad no establece la relación funcional de percepción, administración y custodia del imputado -en su condición de

60 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad Nº 5617-2006- Arequipa, fundamento 3. Asimismo, ver: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Ob. Cit., p. 566.

61 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 309.

gerente de Transportes- con los bienes denunciados; así también porque considera que la entidad edil agraviada no precisó el acto administrativo que alude a la función de custodiar bienes. Con ello, no se configuraría la relación funcional presupuesto del peculado.

Sin embargo, en la carpeta fiscal obra la copia certificada del documento denominado pedido –comprobante de entrega–, que acreditaría que el gerente recibió los cascos, además se cuenta con la declaración del responsable de almacén, quien refirió que el 22 de diciembre de 2010, mediante pecosa Nº 3200 hizo entrega de los cascos al imputado apenas llegaron a su área. Es decir, el imputado tenía la disponibilidad jurídica sobre los bienes denunciados.

Eso debió haber bastado para acreditar la relación funcional sobre los bienes, ya que aunque su función principal no sea la de guardarlos (y por eso no se le menciona en el Reglamento de Organización y Funciones) en la práctica, luego de la solicitud de compra, le son entregados y quedan bajo su custodia. No hace falta un acto administrativo de asignación; basta con que se lo hayan entregado siguiendo el procedimiento habitual para que el producto quede confiado a su esfera de competencia. Es decir, se debió valorar la relación funcional de hecho que existía.[62]

El "Caso de los nichos y otros" (Junín, carpeta fiscal Nº 283-2011) es también un ejemplo de la dificultad de algunos fiscales para establecer correctamente la relación funcional entre la persona y los causales o efectos.

El alcalde de Huari formula denuncia contra el núcleo ejecutor de las obras "Construcción de nichos en el Cementerio General de Huari" y "Mantenimiento de la avenida General Córdova en la plaza principal del distrito de Huancán". Se adjunta el peritaje de la obra de nichos, hecho por la comisión fiscalizadora de la municipalidad. Se les acusa de sobrevaloración y ausencia de rendimiento de gastos.

Según el análisis del caso hecho por el fiscal, el núcleo ejecutor se rige por leyes labores de tipo privado y de administración privada; sin embargo, no evalúa que el dinero que se ha dispuesto para la obra es dinero de arcas

62 En esta línea, para el caso de Vladimiro Montesino, el Tribunal Constitucional ha señalado que *si bien es cierto formalmente ocupaba el cargo de asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387º del Código Penal (Sentencia del Exp. Nº 2758-2004-HC/TC, del 23 de noviembre de 2004).*

del Estado siendo que en reiterada jurisprudencia se ha determinado que los integrantes de los núcleos ejecutores que celebraron convenio con el Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social (FONCODES), así como los inspectores y supervisores de éste, tienen la calidad de funcionarios públicos en virtud del artículo 425.3º del Código Penal, que dispone considerar esta condición al agente que independientemente de su régimen laboral mantiene vínculo contractual o laboral de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado; por cuyo motivo debe entenderse a aquellas personas que prestan servicios técnicos y profesionales al interior o fuera de las instituciones estatales (en sentido amplio) y cuyas contribuciones con el aparato estatal llegan a constituir función pública.[63]

### 3.2.4. Otras controversias jurídicas

De la revisión de las carpetas fiscales analizadas se ha tomado conocimiento de algunas controversias jurídicas recurrentes en los fiscales al momento de archivar.

Se tiene, por ejemplo, el "Caso de las medicinas" (Ayacucho, carpeta fiscal Nº 67-2012). En virtud de un convenio suscrito entre el Hospital Regional de Ayacucho y la asociación "Entidad para el Desarrollo Social", el hospital se obligaba a entregar medicamentos a la Asociación para que ésta, previo abono a la cuenta bancaria de la primera, los distribuyese en sus campañas de salud. En la denuncia se sostiene que el hospital habría entregado las medicinas a la Asociación sin que se cumpla con el procedimiento establecido en el convenio. Además, la Entidad no habría realizado las campañas de salud. Es por ello que el procurador público del hospital denunció por el delito de peculado doloso (apropiación) a los ex funcionarios y ex servidores del Hospital que dispusieron y autorizaron la entrega de los medicamentos.

El fiscal provincial a cargo de las diligencias preliminares archiva el caso por considerarlo atípico, al no existir apropiación de caudales y efectos del hospital, pues no realizó pago alguno por los medicamentos e insumos; además, éste actuaba como intermediario en las compras efectuadas por la Asociación, siendo ella la única deudora con las casas comerciales. Esta disposición es confirmada por el fiscal superior, debido a que no obran indicios que permita sostener que la conducta de los denunciados se adecuaba a la hipótesis normativa del delito.

63 Ejecutoria Suprema del 21 de octubre de 2009, R.N. Nº 4630-2008-ICA. Vocal Ponente: GONZALES CAMPOS; Robinson. *Gaceta penal*, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 234. Citada en: ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, Tomo III, Ara editores, Lima, 2012, p. 235.

La decisión del fiscal de archivar el caso se basó en el peritaje de parte presentado por uno de los inculpados y en el Informe de la Unidad de Economía sin observar que, para este tipo de delito, era necesario solicitar una pericia valorativa[64] para así determinar el egreso del dinero dentro del ejercicio presupuestal en el hospital, los saldos existentes, la ejecución de gastos por compra de medicinas, si se afectó el normal desarrollo de las actividades y patrimonio del Hospital, si existió una correcta utilización de los fondos o efectos estatales, entre otros. Tampoco se valoró las diversas órdenes de compra que la entidad emitió para la adquisición de los medicamentos *a crédito*; el informe del jefe de Farmacia, quien señaló que se dispuso y autorizó la entrega de medicamentos sin verificarse si la asociación había realizado los depósitos en su cuenta corriente, entre otras declaraciones.

Otra cuestión relevante en la presente investigación está referida al plazo dictado para la realización de las diligencias preliminares. El fiscal en su primera disposición dispuso que se lleven a cabo por un plazo de 60 días, atendiendo a la complejidad del caso; sin embargo, al vencerse dicho plazo emitió una segunda disposición "ampliando" la investigación por 30 días adicionales, plazo que también fue nuevamente "ampliado" por 30 días más, alegando que la investigación era compleja por la pluralidad de imputados. No obstante, este hecho era conocido desde el inicio de la investigación.

Se tiene igualmente el "Caso del arrancador" (Junín, carpeta fiscal Nº 434-2012). Se trata de la denuncia de un chofer de la Universidad Nacional del Centro del Perú contra el Jefe de Almacén por la sustracción de un arrancador valorizado en S/. 2,120.00 que necesitaba uno de los vehículos de la universidad.[65]

El fiscal responsable de la investigación, teniendo a la vista la documentación obrante en el Parte Policial, concluye que no se configura el tipo penal de peculado doloso o peculado culposo,[66] debido a que el bien sustraído no

64 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad Nº 5617-2006- Arequipa, F.J. 3. Asimismo, ver: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Ob. Cit., p. 566.

65 Inicialmente, la denuncia fue calificada por la Sexta Fiscalía Provincial Penal como delito de hurto, encargándosele a la Policía Nacional del Perú la realización de las diligencias preliminares. De la lectura del Parte Policial, el fiscal responsable del caso concluye que el tipo penal, materia de la investigación corresponde a uno de peculado; por lo que, procede a archivar el caso para el delito de hurto y su derivación a la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios para su investigación como delito de peculado.

66 El fiscal responsable no consideró necesario la apertura de diligencias preliminares para obtener mayor información a la proporcionada en la carpeta fiscal derivada por la Sexta Fiscalía Provincial Penal.

había ingresado a la esfera de dominio del Estado. Ello, debido a que no se había concluido el trámite correspondiente para regularizar la adquisición del bien. Es decir, considera que el bien sustraído aún continúa siendo de dominio privado. Sin embargo, el fiscal omite considerar la información proporcionada por la Orden de Compra – Guía de Internamiento Compra Directa Nº 1380 emitida el 13 de diciembre de 2011, por la Universidad Nacional del Centro del Perú, donde registra el bien adquirido (arrancador DELCO 19024063 VOLVO).

Con la información relevante que recoge la Orden de Compra – Guía de Internamiento Compra Directa Nº 1380, el fiscal pudo haber solicitado a la entidad conocer la relación de personas que tuvieron acceso -el día de los hechos- al lugar donde se guardaba el bien sustraído a fin de tomarles su declaración, así como recoger la declaración del personal responsable de la vigilancia de la universidad.

Respecto a la calificación de peculado culposo, el fiscal solo consideró la información proporcionada en las declaraciones del denunciante e investigado, más no solicitó a la universidad conocer el procedimiento legal establecido para el ingreso de bienes muebles, documentos normativos que regulan las funciones de sus trabajadores, etc.

### 3.3. Proporción de diligencias realizadas en los archivos inadecuados

Investigar una denuncia no es tarea fácil, pues exige al fiscal realizar un análisis estratégico del caso con la finalidad de ordenar y clasificar la información relativa al hecho denunciado, así como seleccionar la evidencia relevante que le permitirá o no formalizar su investigación. Para ello, debe realizar algunas diligencias, las cuales van desde la toma de declaraciones al denunciante, a los investigados o a algún testigo; y, casi siempre, realizar una que otra pericia. Todo esto en un tiempo bastante breve, con una carga importante de casos y la presión de tener que decidir antes que el plazo termine ya que podrían ser sometidos a un control de plazos.[67]

Tener la información completa al momento de decir si el caso se archiva o

67 Artículo 334.2º del Código Procesal Penal.- [...] quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá era previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante."

se formaliza es fundamental; como se recordará, una vez que se cumple el plazo, el fiscal debe tomar una decisión con la información recabada hasta ese momento.

Al recoger la información de las carpetas fiscales, sobre las diligencias programadas y realizadas, se parte de la premisa que, realizar menos de lo que se programa supone tener menos información de la prevista a encontrar al momento de tomar una decisión y, por tanto, un mayor riesgo para archivar, indebidamente, un caso que podría ser formalizado. Sin embargo, también es cierto que el fiscal, luego de realizar algunas diligencias, pudo tener la convicción de archivar el caso (sin realizar las diligencias restantes) lo cual tendría que estar debidamente motivado.

Como en muy pocas carpetas fiscales se especifica el motivo por el cual no se realizó alguna diligencia, inicialmente programada; el presente análisis se circunscribirá, únicamente, a los archivos inadecuados. Aquí sí resulta cuestionable que el fiscal no haya realizado un mayor número de diligencias que permitan acopiar más información y continuar con la investigación del caso.

Luego de revisar las 457 carpetas, se obtuvieron los siguientes resultados:

Respecto a la toma de declaraciones a denunciantes, programadas en el 54% de casos, se observa que el porcentaje de declaraciones no realizadas para los cuatro distritos es de 57%. Prácticamente 6 de cada 10 denunciantes no declara porque el fiscal ya no volvió a reprogramar su fecha de declaración y, por tanto, terminan investigando –y posteriormente archivando– denuncias que desde un principio eran, para ellos, poco claras. Por otro lado, esta cifra elevada de denunciantes que no acuden a declarar en primera citación (77%) debería extrañar: es raro que la persona que presenta la denuncia no colabore para que se corrobore la misma; sin embargo, problemas como el temor que genera rendir la manifestación o el tiempo y los recursos que deben invertir los denunciantes para realizarla, sumado a la desconfianza en que la denuncia logre una sanción efectiva para los responsables,[68] podrían explicar este elevado porcentaje.

En el caso de la toma de declaración a investigados, 1 de cada 4 (25%)

68 El 86% de la población las considera poco o nada efectivas. Ver: *VIII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2013*. PROÉTICA. Elaborada por IPSOS Apoyo, Lima 21 de agosto de 2013, [en línea], (fecha de visualización el 5 de octubre de 2014), disponible en: http://www.proetica.org.pe/viii-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2013.

no declara porque el fiscal ya no volvió a reprogramar su fecha de declaración. Si bien la tasa de reprogramaciones a investigados es más alta (63%), los fiscales deberían agotar todos los mecanismos para obtener las declaraciones de los investigaos.

Respecto al porcentaje de toma de declaraciones a testigos, programadas casi en la mitad de los archivos inadecuados (48%), se advirtió que el 47% de éstas no se realiza: prácticamente 1 de cada 2 testigos no declara. Este porcentaje es elevado como en el caso de las declaraciones de los denunciantes, probablemente las razones que lo explican deben ser similares.

En el caso de las pericias inicialmente programadas, el porcentaje de pericias no realizadas para los cuatro distritos es de 42%; es decir, 2 de cada 5 no se realizan en casos que han sido archivados indebidamente. Aquí sí se encuentran diferencias importantes entre uno y otro distrito (Áncash 24%, Ayacucho 80% Junín 54% y Lima 33%), lo cual se debe, probablemente, a las diferentes cargas que tienen los peritos en uno y otro distrito; o a las distintas capacidades logísticas o de recursos para trasladarse; aunque, de forma general, uno de los problemas que señalaron los fiscales a lo largo de las entrevistas y que podrían explicar estos elevados porcentajes, son la falta de peritos y la programación innecesaria de pericias (perito-dependencia).

> *"No hay suficientes peritos, varios devuelven las carpetas porque no tienen tiempo" (Fiscal de Lima).*

> *"Hay casos que pueden ser concluidos con la documentación que se tiene en la carpeta fiscal, sin embargo, el fiscal no lo hace porque quiere tener un documento que sustente su decisión" (Perito de Lima).*

Los resultados son preocupantes. En los archivos inadecuados existe un importante porcentaje de diligencias programadas que no fueron realizadas; pese a ello, los fiscales decidieron archivar estos casos sin haber acopiado toda la información posible. Asimismo, en las carpetas fiscales, muy pocas veces se consigna información sobre el motivo por el cual no se realizan las diligencias inicialmente programadas; igualmente sucede con la justificación sobre por qué se solicitan las pericias (casi nunca se motiva). Ello constituye una dificultad para realizar una supervisión posterior del caso. De las entrevistas con los fiscales se pudo constatar que las razones principales que explican este alto porcentaje están vinculadas con la poca diligencia que tienen los fiscales para hacer que los recurrentes

se apersonen a rendir su declaración, la falta de peritos y de recursos, la programación de pericias innecesarias y la mala gestión de las pericias programadas; así como el insuficiente plazo que tienen para investigar delitos tan complejos como los de corrupción.

> *"Otro problema son las pericias, en peculado y en colusión los peritos tienen excesiva carga, no hay la cantidad suficiente" (Fiscal de Lima).*

> *"El fenómeno de moda es archivar porque no alcanzó el tiempo para terminar el peritaje. Es la nueva causal. Archivan por falta de indicios, pero uno de los elementos de convicción con los que no cuenta es el peritaje. A pesar de haber pedido el peritaje no se ha cumplido" (Procurador de Ayacucho).*

Este elevado porcentaje de diligencias que se programaron y no se realizaron es consistente en los archivos inadecuados de los cuatro distritos fiscales bajo estudio y revela que se está hablando de un problema que va más allá de la diligencia que tenga cada fiscal para realizar todo lo que programa. Existen problemas de fondo que deben ser abordados de manera integral y sistémica. Se deben evaluar mecanismos eficientes de gestión y organización del trabajo fiscal para que puedan cumplir con todas las diligencias que, inicialmente, ellos mismos programan. Asimismo, se podrían evaluar mecanismos que contribuyan a supervisar y a racionalizar el uso de las pericias para evitar que se programen cuando no son necesarias.

**Tabla 21**

**Actuaciones fiscales en archivos inadecuados (en porcentaje)**

| | Áncash | Ayacucho | Junín | Lima | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| **Toma de manifestaciones a denunciante** | | | | | |
| **Programadas** | 48 | 64 | 62 | 35 | 54 |
| Realizadas | 20 | 32 | 19 | 29 | 23 |
| Reprogramadas | 18 | 18 | 31 | 0 | 20 |
| No realizadas* | 62 | 50 | 50 | 71 | 57 |
| **Toma de manifestaciones a investigados** | | | | | |
| **Programadas** | 73 | 77 | 69 | 59 | 70 |
| Realizadas | 28 | 36 | 33 | 35 | 32 |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Reprogramadas | 53 | 27 | 45 | 35 | 43 |
| No realizadas* | 19 | 37 | 22 | 30 | 25 |
| **Toma de manifestaciones a testigos** | | | | | |
| **Programadas** | 43 | 73 | 43 | 41 | 48 |
| Realizadas | 18 | 41 | 31 | 24 | 27 |
| Reprogramadas | 35 | 14 | 29 | 18 | 26 |
| No realizadas* | 47 | 45 | 40 | 58 | 47 |
| **Pericia** | | | | | |
| **Ordenada** | 55 | 26 | 43 | 25 | 41 |
| Realizada | 76 | 20 | 46 | 67 | 58 |
| No realizadas | 24 | 80 | 54 | 33 | 42 |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.
*Estos porcentajes podrían ser mayores si se hubiera recogido información sobre la no realización de las diligencias reprogramadas; no se hizo así porque los expedientes no consignaban esta información en todos los casos; así entonces, se las consideró como "realizadas". De esta forma de adquiere certeza que, cuando se alude a las "no realizadas", efectivamente estamos hablando de actuaciones fiscales que nunca se llevaron a cabo.

### 3.4. Evaluación de la disposición de archivo: criterios clave y resultados

En este análisis se hace una evaluación de las disposiciones de archivo, documento que condensa y refleja la calidad del trabajo de investigación, pero especialmente revela la experiencia y especialidad del fiscal para redactar, analizar y justificar su disposición de archivo. Cada disposición fue evaluada sobre la base de cuatro categorías:

1. **Orden y claridad en la narración de los hechos (hechos claros):** esta categoría mide el orden en la redacción de lo que ha sido denunciado y la coherencia en el relato. Se busca que la narración sea completa y esté ordenada cronológicamente.

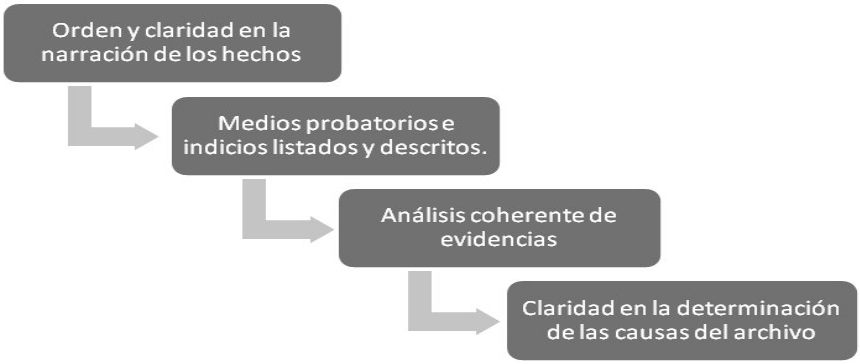
2. **Completitud en el listado de las evidencias encontradas y de los indicios no hallados (Medios probatorios e indicios listados y descritos):** esta categoría aborda cómo han sido tratados los indicios y los medios probatorios en la disposición fiscal, lo que importa es que cada uno de éstos sea listado al igual que las evidencias que de ellos se desprenden.

3. **Coherencia en la información extraída de las evidencias (análisis coherente de evidencias):** esta categoría evalúa el análisis que el fiscal realiza de los resultados de los actos de investigación. Éstos deben ser interpretados correctamente y se debe extraer información completa de las evidencias advertidas.

4. **Claridad en la determinación de las causas del archivo (causas de archivo claras):** aquí se evalúa la justificación del archivo, la cual debe ser precisa y en conexión clara con las evidencias encontradas.

**Gráfico 19**

**Categorías para evaluar las disposiciones fiscales**




Cada categoría es calificada en escala del 1 al 5 –en el anexo 1 se muestran los requisitos para obtener cada calificación– un mejor trabajo supone una calificación más alta. Si bien la calificación 3 es el punto medio, es la calificación 4 la que representa lo que, en este informe, se ha denominado "estado mínimo ideal"; es decir, un punto que representa un trabajo fiscal que, sin ser óptimo, es aceptable. Estos criterios fueron validados durante el trabajo de campo y se mostraron eficientes para limitar la subjetividad del análisis y facilitar el análisis comparativo.

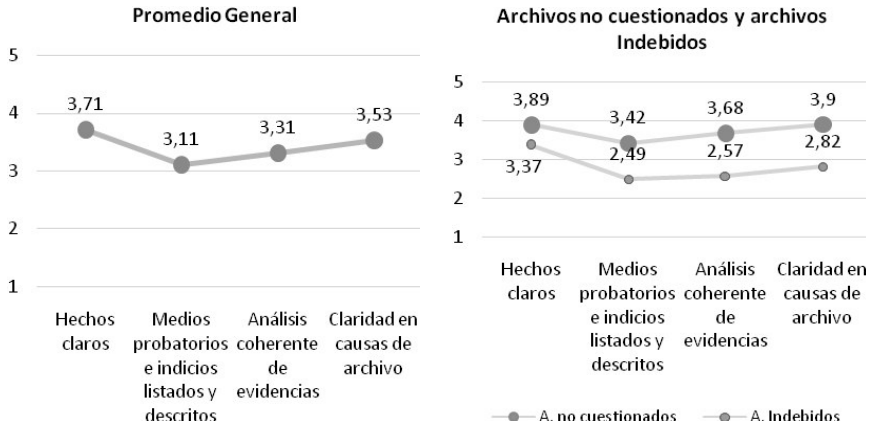
Para realizar este análisis, un primer paso fue validar el instrumento de calificación elaborado (anexo 1) y probar que en efecto, los archivos no cuestionados obtienen mejores calificaciones que los inadecuados.

Los resultados fueron consistentes. Tanto a nivel general como en cada distrito fiscal la calificación de las disposiciones siempre es menor en los archivos inadecuados frente a los no cuestionados, aunque estos últimos

tampoco han alcanzado un nivel promedio sobresaliente (el promedio por categoría siempre es menor de 4). A continuación se presentan los resultados de este análisis a nivel general, según calidad del archivo, por distrito fiscal y por delito:

**Gráfico 20**

**Evaluación de las disposiciones fiscales**



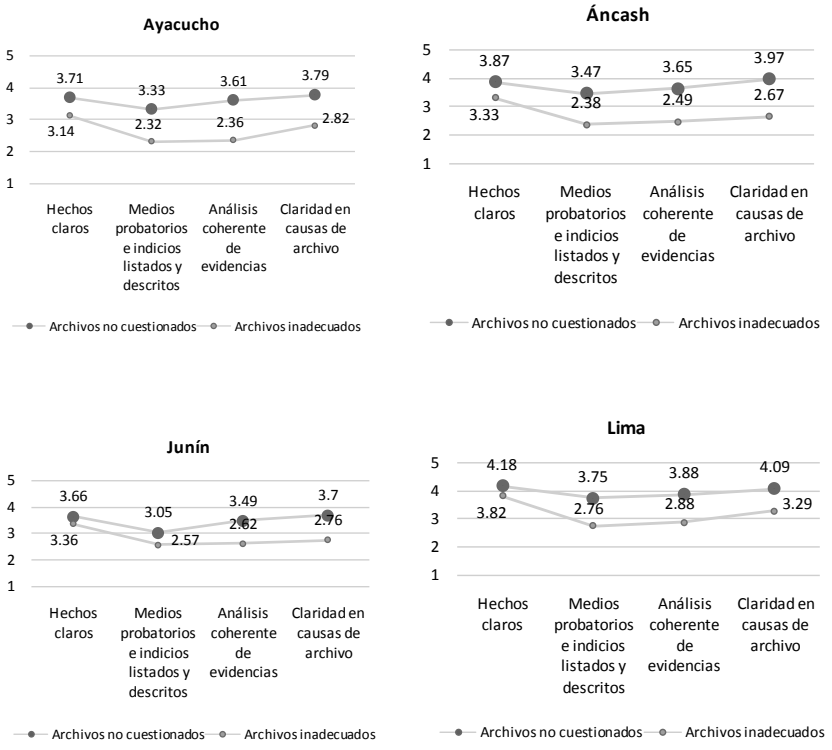

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

En el cuadro denominado Promedio general, se observa que en ninguna de las categorías el promedio alcanza la calificación 4, la cual representa el "estado mínimo ideal". La categoría que obtuvo la mejor calificación (3.71) está vinculada con el orden y la claridad en la narración de los hechos; y la categoría que obtuvo menor puntaje (3.11) fue la que evalúa el listado y la descripción de los indicios advertidos.

En el cuadro denominado archivos no cuestionados y archivos indebidos se observa que, en cada una de las categorías, los archivos no cuestionados obtuvieron una mejor calificación que los archivos indebidos; lo cual es un indicativo de la consistencia del instrumento de calificación. En la primera categoría "hechos claros" la diferencia es pequeña (aproximadamente de medio punto); mientras que, en las demás categorías, la diferencia fue, en promedio, de un punto, en escala del 1 al 5. A partir de ello, se puede inferir que los problemas de los archivos indebidos están vinculados con los aspectos más técnicos y complejos de la investigación como lo son el listado y análisis de los indicios de los actos de investigación dispuestos y la claridad de las causas del archivo.

## Gráfico 21

## Evaluación de las disposiciones de archivo por distrito fiscal

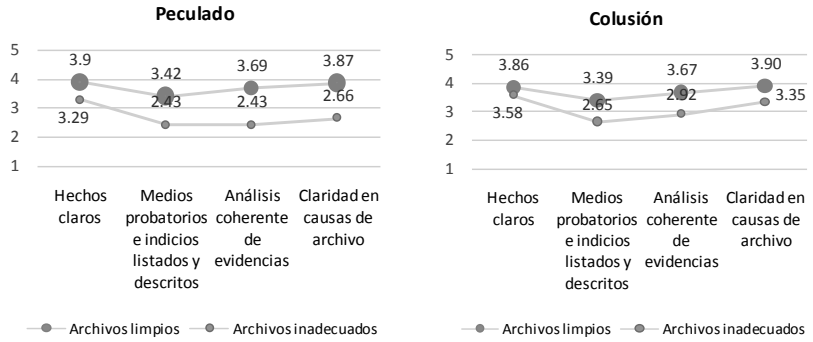



Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

En el gráfico 21 –Evaluación de las disposiciones de archivo por distrito fiscal– se observa que la diferencia en las calificaciones de los archivos no cuestionados y los archivos indebidos es consistente en todas las variables y en los cuatro distritos bajo estudio: siempre los archivos no cuestionados tienen una mejor puntuación que los archivos inadecuados. Si bien las brechas son bastante parejas en los cuatro distritos, se advierte que Lima es el distrito que presenta una mejor calificación tanto para los archivos no cuestionados como para los inadecuados; como se recordará, este distrito tiene la menor tasa de archivos inadecuados (14%).

**Gráfico 22**

**Evaluación de las disposiciones de archivo por delito**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

En el gráfico 22 –Evaluación de las disposiciones de archivo por delito– también se observa que la brecha es a favor de los archivos no cuestionados, tanto para los casos de peculado como para los de colusión. Las calificaciones de los archivos no cuestionados son muy similares en ambos delitos pero en los archivos inadecuados las disposiciones de los casos de peculado obtuvieron calificaciones más bajas en relación a las de colusión, por lo que, la brecha entre archivos no cuestionados e indebidos es más marcada en peculado (aproximadamente de un punto) que en colusión (aproximadamente de medio punto). Ello sugiere que las disposiciones de archivo de peculado permiten predecir con menor margen de error la calidad del archivo, a diferencia de las disposiciones de colusión, en las cuales existe un menor nivel de predictibilidad.

Validado el instrumento de calificación, un segundo paso fue distinguir las disposiciones fiscales en función de su calificación, para ello resultó útil establecer el estado mínimo ideal (calificación 4). Se decidió definir este punto en el cuarto lugar de la escala para lograr una mejor distribución y calificación de las disposiciones fiscales; ya que, luego de una revisión preliminar de las mismas, se observó que la mayoría de éstas presentaban deficiencias variadas y se consideró conveniente crear más categorías por debajo del estado mínimo ideal. Por ello, cuando se afirma que 4 representa el estado mínimo ideal, no debe entenderse que la nota mínima para aprobar el trabajo del fiscal es 16 (4/5 de 20), sino que recién en este punto estamos ante un trabajo fiscal aceptable.

Las escalas de cada categoría con su respectiva puntuación se pueden encontrar en el anexo 1. A continuación se presentan los puntos que representan el estado mínimo ideal de cada categoría.

**Tabla 22**

**Puntos que representan el Estado mínimo ideal por categoría**

| Categorías | Estado mínimo ideal (punto 4) |
|---|---|
| **Hechos claros.** | La narración está ordenada cronológicamente, abarca todos los hechos de la denuncia de parte, usa apropiadamente los párrafos y signos de puntuación de manera que se emplean los hechos, pero emplea un lenguaje técnico. |
| **Medios probatorios e indicios listados y descritos.** | Lista en forma completa tanto los medios probatorios como las evidencias desprendidas de cada uno de ellos, especificando con detalle los elementos de indicios a favor de la no formalización y los relaciona en forma suficiente con los elementos del tipo penal en discusión para justificar el archivamiento. |
| **Análisis coherente de evidencias.** | Menciona la información completa que ofrecen todos los medios probatorios recopilados extrayendo conclusiones independientes de cada uno por separado cuando corresponde. |
| **Claridad en las causas del archivo.** | La decisión de archivo define las causas del mismo y muestra conexión con la mayor parte del análisis de las evidencias encontradas y los indicios no hallados |

Luego de calificar todas las disposiciones fiscales, se hicieron dos análisis, ambos en función al "estado mínimo ideal" (punto 4), los cuales permitieron evaluar el trabajo fiscal a partir sus disposiciones. El primero, busca determinar en qué categorías las disposiciones presentan deficiencias con mayor frecuencia; ello permitirá conocer las áreas de mayor dificultad para los fiscales al momento de emitir sus disposiciones. El segundo, es un análisis integral de todas las categorías. Aquí se busca determinar el porcentaje de disposiciones deficientes, aceptables y óptimas, lo cual permitirá evaluar de manera más objetiva el trabajo que realizan los fiscales. Su trabajo, si bien está determinado por sus capacidades, también lo está por las condiciones dadas por el Ministerio Público (lineamientos

de políticas, gestión, herramientas de investigación). Los parámetros establecidos para este análisis son los siguientes:

- **Disposiciones deficientes:** aquellas que presentan calificaciones que oscilan entre 1 y 3 en las 4 categorías simultáneamente. Éstos son trabajos que presentan deficiencias importantes en todas las categorías.

- **Disposiciones aceptables:** aquellas que presentan calificaciones iguales a 4 o calificaciones combinadas (4 o 5) en las todas las categorías analizadas. Éstos son trabajos aceptables, incluso buenos trabajos, si en algunas categorías han alcanzado la calificación 5.

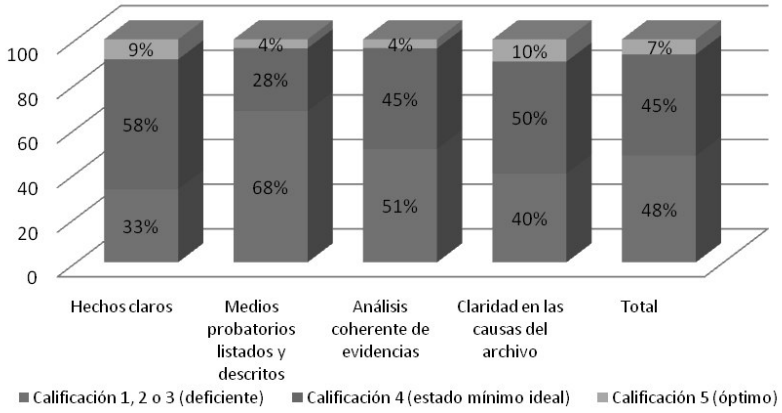
- **Disposiciones óptimas:** aquellas que presentan calificaciones iguales a 5 en todas las categorías analizadas. Éstos son trabajos sobresalientes por parte de los fiscales.

Respecto del primer análisis, como se observa en el gráfico 23, cada categoría muestra un porcentaje importante de actuaciones deficientes (calificadas por debajo de 4), el promedio global es de 48%. Cabe anotar que, el hecho que una disposición sea calificada por debajo de 4 en algunas categorías, no necesariamente implica que estemos ante un mal archivo, pero sí ante un trabajo deficiente por parte del fiscal. Por ejemplo, podrían haber disposiciones que presenten deficiencias en la narración de los hechos o en el listado de las evidencias; sin embargo, a luz de los hechos denunciados, no existía delito y eso se expresó con claridad en la disposición del archivo. Otro porcentaje importante, aunque inferior al anterior, es el de las disposiciones que han recibido una calificación igual a cuatro (total 45%), aquí estamos ante trabajos fiscales que, sin ser óptimos, son trabajos aceptables. Por último, el porcentaje de disposiciones que, por categoría, tienen una calificación igual a 5 es mínimo (7%).

De este primer análisis se puede concluir que las deficiencias más recurrentes en las disposiciones fiscales están vinculadas con el listado y la descripción de los medios probatorios (68% de disposiciones presentan deficiencias en esta categoría) y el análisis coherente de las evidencias (51% de las disposiciones presentan deficiencias en esta categoría); todo lo cual sugiere que, en estas áreas, los fiscales tienen mayores dificultades. Por otro lado, las categorías en las que los fiscales han mostrado mayor eficiencia son orden y claridad en la narración en los hechos (67% de las disposiciones representan trabajos aceptables u óptimos) y claridad en las causas del archivo (60% de las disposiciones representan trabajos aceptables u óptimos).

**Gráfico 23**

**Resultados de la calificación de expedientes por categoría**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

Respecto al segundo análisis, en el que sólo se consideraron aquellas disposiciones que tuvieron las cuatro calificaciones dentro de los rangos antes establecidos -deficientes (1 a 3), aceptables (4 o 5) y óptimas (sólo 5)-, los resultados son los que siguen.

El porcentaje de disposiciones que tuvieron una calificación inferior a 4 en todas las categorías y, por tanto, son calificadas como deficientes, es considerable (24%); dicho en otros términos, aproximadamente la cuarta parte de disposiciones presentan errores en las cuatro categorías, prácticamente, todas estas disposiciones representan archivos inadecuados.

Otra cuarta parte (exactamente, 26%) está representada por disposiciones con calificaciones iguales a 4 o calificaciones combinadas (4 o 5). Este porcentaje es muy bajo para estar hablando del estado mínimo ideal, es decir, de disposiciones que no presentan errores importantes en ninguna de las categorías pero que tampoco son sobresalientes; a éstas, se les denomina disposiciones aceptables -algunas de las cuales son buenas disposiciones, puesto que en algunas categorías lograron la calificación 5. A pesar que podría haber un porcentaje importante de archivos no cuestionados, no todos lo son, ya que los criterios de calificación de éstos son más complejos y no se circunscriben a las disposiciones fiscales.

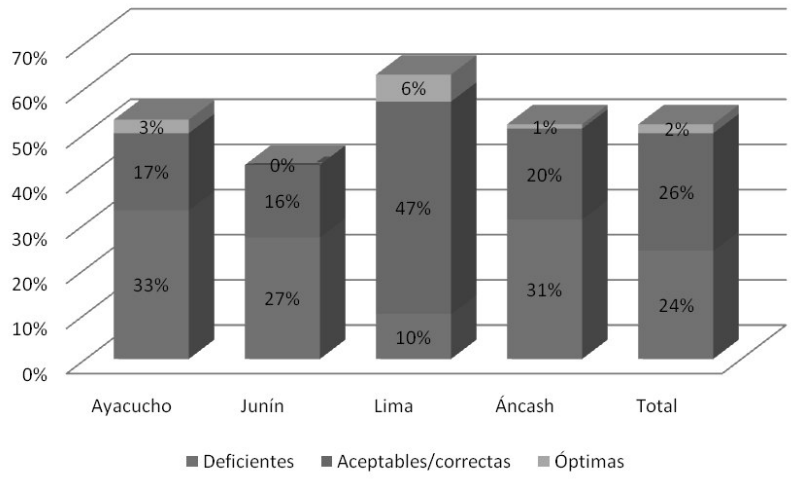
Por último, es residual el porcentaje de disposiciones que tienen calificaciones iguales a 5 en todas las categorías, éstas representan el 2% del total de casos archivados; en este punto se está ante un trabajo fiscal óptimo.

El 48% de disposiciones no han sido consideradas en este análisis porque presentan calificaciones superiores e inferiores a 4 en las categorías evaluadas; por lo que no se podría ser concluyente al afirmar si éstas representan buenas o malas disposiciones fiscales.

Un dato que llamó nuestra atención, y que probablemente sea uno de los factores que explique la diferencia entre las tasas de archivos inadecuados de Lima (14%) y el resto de distritos (31%), es que en Lima se han observado disposiciones mejor elaboradas; ello se ve reflejado en las calificaciones que éstas obtuvieron: Lima es el distrito con menor nivel de disposiciones calificadas simultáneamente por debajo de 4 (sólo 10%) y con mayor porcentaje de disposiciones aceptables u óptimas (53%). Estas estadísticas probablemente sugieran mayor capacidad de los fiscales de ese distrito al momento de emitir sus disposiciones.

**Gráfico 24**

**Resultados de la calificación global de expedientes por distritos y total**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

La conclusión de este análisis es que el trabajo fiscal, evaluado a partir de las disposiciones que éstos emiten, presenta deficiencias; los porcentajes de disposiciones que tienen calificaciones menores a 4 en una o más categorías son elevados. Sin embargo, estas deficiencias, como ya se ha mencionado, no sólo están relacionadas con factores atribuibles al fiscal (capacidades, especialización, planificación de la investigación, toma de declaraciones, etc.); también están vinculadas con factores estructurales (falta de guías de investigación, carga de trabajo, falta de personal, efectividad de las pericias, mecanismos de control de calidad del trabajo fiscal, obtención de documentación, efectividad de las diligencias, etc.).

El tercer paso consistió en determinar algunas correlaciones –desarrolladas en el anexo 3– entre las categorías planteadas. El propósito de este análisis es demostrar cómo el trabajo que realiza el fiscal tiene una relación con la calidad del archivo. El resultado desagregado de este análisis se encuentra en el anexo 6.

La primera categoría (orden y claridad en la narración de los hechos) mide el orden en la redacción de lo que ha sido denunciado y la coherencia en el relato. Ello brinda una pauta mínima de investigación que el fiscal toma como punto de partida. Es cierto que este primer criterio clave no es trascendental para calificar a un archivo como inadecuado. Pero, al mismo tiempo, lo que se ha identificado es que hay una correlación estadística importante (0.64) entre el orden y la claridad en la narración de los hechos y la claridad en la determinación de las causas de archivo (categoría 4). Es decir, las disposiciones de archivo en las que los hechos fueron descritos con menor claridad las causas de archivo están igualmente poco claras. No quiere decir que lo uno cause a lo otro. Lo que evidencia más bien son rasgos de un trabajo deficiente asociados con un mayor nivel de error al archivar las denuncias. Forma no es fondo pero sí un indicativo de que algo no fue hecho adecuadamente.

La segunda categoría aborda cómo han sido tratados los indicios y los medios probatorios en la disposición fiscal. Importa que cada uno de éstos sea listado al igual que las evidencias que de ellos se desprenden. Pero no es sólo un mero listado sino que, lo que debe primar, es la interrelación entre ellos en forma clara y directa con los elementos del tipo penal en discusión para justificar el archivamiento.

En la evaluación general fue el criterio que menor puntuación obtuvo (3.11); y, aparentemente, tiene una repercusión en el tercer criterio: Análisis coherente de evidencias, el cual obtuvo la segunda calificación más baja

(3.31). Los indicios pueden estar dispersos en la carpeta fiscal pero aún así el fiscal está en la obligación de recogerlos al momento de motivar su decisión. En los archivos inadecuados, esta calificación implica que además de omitirse la mención a cada indicio o medio probatorio y diligencia actuada, hay un problema mayor vinculado con cómo se construye la relación entre pruebas e indicios. En muchas de las disposiciones de archivos inadecuados, no sólo se listan en forma incompleta los indicios o medios probatorios sino que incluso los fiscales no señalan las evidencias desprendidas de cada uno de ellos. Estos archivos no permiten luego identificar como válidas las razones del archivo, las que muchas veces tampoco son dejadas en claro.

La tercera categoría clave es la coherencia en la información extraída de las evidencias. Sus resultados van en la línea del criterio clave anterior: mencionan la información completa que ofrecen todos indicios o medios probatorios recopilados, pero no extraen conclusiones independientes por separado cuando resulta oportuno hacerlo.

Este criterio muestra una correlación estadística con el segundo criterio (0.42) lo que afianza la conclusión sobre la debilidad en los archivos inadecuados para advertir indicios o medios de prueba de la información que recopilan. Esto es grave en la medida en que se estarían archivando casos para los que sí se han identificado indicios que hubieran permitido la formalización de la investigación.

La última categoría es la claridad en la determinación de las causas del archivo. Este criterio obtuvo una puntuación promedio de 3.53 en la evaluación general. Para tener una calificación aceptable, lo que se debe corroborar es la conexión entre el análisis de las evidencias encontradas y los indicios no hallados. Es claro que un análisis poco riguroso de las evidencias desvirtuaría la justificación del archivo, por lo que muy probablemente nos encontraríamos ante un archivo inadecuado: según la prueba de correlación, la categoría que evalúa la claridad en la determinación de las causas del archivo está vinculada con la calidad del archivo: cada vez que una disposición fiscal desciende un punto en la escala de calificación de esta categoría, la probabilidad de tener un archivo inadecuado aumenta un 67%.

En los archivos no cuestionados la decisión de archivo define las causas del mismo y tiene conexiones claras y directas con el análisis de las evidencias encontradas y los indicios no hallados. Los archivos inadecuados, en cambio, pese a que definen las causas del archivo sólo establecen parcialmente

la conexión con las evidencias. Este problema es la consecuencia de las debilidades en los criterios analizados en los párrafos anteriores.

Lo que se ha podido advertir en este análisis es la interrelación que existe entre las categorías planteadas y su conexión con la calidad del archivo. Si bien no se puede afirmar categóricamente que una actuación deficiente en una categoría implique que, en las otras categorías, existan deficiencias, sí podemos decir que existen correlaciones. Éstas deben ser entendidas como trabajos deficientes que generan un mayor nivel de error al momento de archivar una denuncia. Por otro lado, las disposiciones fiscales resultaron buenos referentes para evaluar el trabajo fiscal y la calidad del archivo. Según el análisis econométrico –desarrollado en el apartado sobre los factores que elevan las probabilidades de tener un archivo inadecuado– cuando una disposición fiscal desciende un nivel en nuestra escala de calificación (del 1 al 5), se eleva en un 54% la probabilidad de que el archivo sea inadecuado.

### 3.5. Medios probatorios e indicios: aporte y valoración

El tercer análisis se centró en la valoración que el fiscal hace de los indicios y medios probatorios. Esta valoración se calcula en función del aporte que cada uno de éstos genera al caso en concreto. Por ejemplo, la declaración de un testigo podría ser valiosa si explica racionalmente los hechos denunciados, sin embargo, si se advierten contradicciones o vacíos, el aporte de esta disminuye al igual que su calificación. El propósito de este análisis es identificar tipos de evidencias que, por lo general, los fiscales sobrevaloran o subvalúan con mayor frecuencia. Asimismo, se busca determinar si existen diferencias importantes entre los archivos no cuestionados y los archivos indebidos.

Para ello, se realiza un análisis del aporte que cada indicio o medio probatorio generó en el fiscal, calificándolo en escala del 1 al 5; luego, el equipo investigador emite una segunda calificación en función de la valoración que considera que se le debió dar, a luz del aporte que este generaba (a mayor aporte, mayor valoración). La resta de la valoración menos el aporte menos da como resultado la brecha de indicios. Esta comparación permite revisar si las evidencias que produce o que se desprenden de cada acto de investigación fueron efectivamente tomadas en cuenta por los fiscales.

Los resultados muestran que en la mayoría de los casos, tanto en los archivos no cuestionados como en los inadecuados, hay brechas de

indicios entre el aporte y la valoración. Hasta cierto punto las brechas son normales y pueden deberse a que durante los meses en los que el fiscal se dedicó a la investigación identificó indicios no percibidos por el equipo de investigación. Cuando la brecha no es importante, se la interpreta como parte del margen de error de haber reevaluado, para esta investigación, cada indicio o medio probatorio.

Lo que importa, por tanto, es verificar si esas brechas son estadísticamente importantes, pues en ese caso, existirían fuertes divergencias entre el equipo investigador y el fiscal, en la valoración de los indicios y medios probatorios; todo lo cual, daría pie para suponer que éstos habrían sido incorrectamente estimados o evaluados. Cabe señalar que esta verificación fue realizada mediante test de medias. Esta prueba sirve para determinar si dos promedios son efectivamente distintos o, en otras palabras, si su diferencia es estadísticamente significativa.

Los resultados son importantes. No todas las brechas son estadísticamente significativas (al 95% de confianza). En el caso de la toma de declaraciones, sólo lo es para la toma de declaración al denunciante y para la declaración de la mitad de los investigados.[69] Las hay también para la revisión de contratos y expedientes administrativos. Esto significa que algunos medios probatorios, al ser mal evaluados, están dirigiendo la decisión del fiscal en forma incorrecta –caso de los archivos inadecuados– o han generado una impresión mayor de la que deberían en el fiscal –caso de los archivos no cuestionados–. Quizás no determinen directamente la decisión de archivo, pero sí forman parte de los factores que van generando en el fiscal la decisión de no formalizar.

En el caso de las declaraciones, por ejemplo, se advirtió –en no pocos archivos inadecuados– que la decisión de archivar se tomó básicamente a partir de la declaración del investigado sin contrastarla ni realizar algún otro acto de investigación, a pesar que dicha declaración presentaba contradicciones, imprecisiones y/o vacíos. En estos casos el equipo investigador consideró que el fiscal sobrevaloró la declaración del investigado pues, con las deficiencias que presentaba, no generaba un aporte sustantivo al caso (aquí la brecha es negativa). La diferencia con los archivos no cuestionados es que en estos casos los indicios y medios probatorios no eran suficientes para continuar la investigación y formalizar el caso; sin embargo, en la decisión de archivo, sólo se hace mención a la declaración dada por el investigado.

69 La no significancia para el resto de investigados probablemente se deba a su menor frecuencia y por tanto el mayor nivel de error que asume la prueba.

**Tabla 23**

**Aporte de cada medio probatorio y valoración dada por el fiscal**

| | Archivos no cuestionados | | | Archivos inadecuados | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Diligencias** | **Aporte dado por el fiscal** | **Valoración (dada por equipo de investigación)** | **Brecha** | **Aporte dado por el fiscal** | **Valoración (dada por equipo de investigación)** | **Brecha** |
| **Toma de declaraciones** | **3.6** | **3.1** | **-0.5** | **4.2** | **3.4** | **-0.8** |
| Denunciante | 3.4 | 2.9 | **-0.5*** | 3.1 | 2.9 | **-0.2*** |
| Investigado 1 | 3.7 | 3.3 | **-0.4*** | 4.1 | 3.1 | **-1.0*** |
| Investigado 2 | 3.6 | 3.1 | **-0.5*** | 4.0 | 3.1 | **-0.9*** |
| Investigado 3 | 3.7 | 3.2 | **-0.5*** | 3.8 | 3.0 | **-0.8*** |
| Investigado 4 | 3.5 | 3.2 | **-0.3*** | 3.8 | 3.2 | **-0.6*** |
| Investigado 5 | 3.5 | 3.1 | **-0.4*** | 4.2 | 3.4 | **-0.8*** |
| Investigado 6 | 3.3 | 2.9 | **-0.4** | 4.1 | 3.6 | **-0.5** |
| Investigado 7 | 3.7 | 3.2 | **-0.5** | 4.6 | 3.8 | **-0.8** |
| Investigado 8 | 3.8 | 3.2 | **-0.6*** | 4.4 | 3.6 | **-0.8** |
| Investigado 9 | 3.7 | 3.2 | **-0.5** | 4.5 | 3.5 | **-1.0** |
| Investigado 10 | 3.7 | 3.2 | **-0.5** | 5.0 | 4.0 | **-1.0** |
| Testigo 1 | 3.5 | 3.2 | **-0.3** | 3.6 | 3.2 | **-0.4** |
| Testigo 2 | 3.5 | 3.3 | **-0.2** | 3.5 | 3.2 | **-0.3** |
| Testigo 3 | 3.5 | 3.1 | **-0.4** | 3.8 | 3.1 | **-0.7** |
| Testigo 4 | 3.5 | 3.0 | **-0.5** | 3.1 | 2.8 | **-0.3** |
| Testigo 5 | 3.4 | 3.0 | **-0.4** | 3.2 | 2.7 | **-0.5** |
| **Requerimiento de información** | **3.5** | **4.0** | **-0.5** | **3.2** | **3.2** | **-0.0** |
| Información registral | 4.1 | 3.6 | **-0.5** | 4.0 | 3.3 | **-0.7** |
| Contratos | 4.6 | 3.8 | **-0.8*** | 4.5 | 3.8 | **-0.7*** |
| Expedientes de contratación | 4.4 | 3.9 | **-0.5*** | 4.4 | 3.5 | **-0.9*** |
| Expedientes judiciales o piezas de expediente | 3.0 | 4.6 | **1.6*** | 2.0 | 3.0 | **1.0** |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Ejecuciones de obras | 2.3 | 3.4 | **1.1** | 1.5 | 1.5 | **0.0** |
| Conformidad de ejecuciones de obras | 2.8 | 4.8 | **2.0** | 3.0 | 4.0 | **1.0** |

* Diferencia significativa con un alpha de 5% y 95% de confianza.
Nota: Una brecha positiva indica que el fiscal subvaluó los indicios o medios probatorios; mientras que una brecha negativa indica que éstos fueron sobrevalorados.
Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

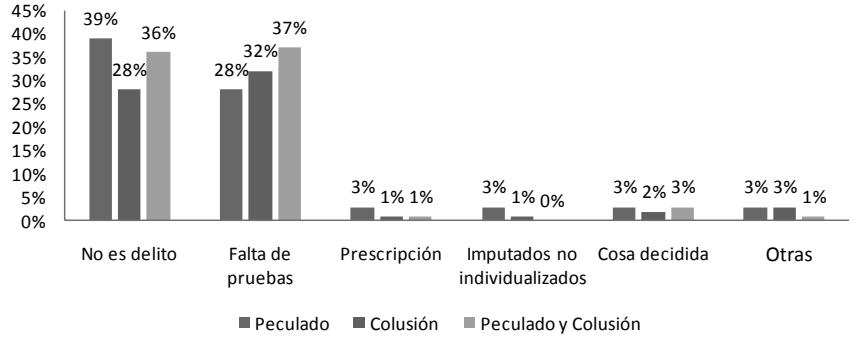
### 3.6. Principales justificaciones encontradas en las disposiciones de archivo

Son dos las razones que con mayor frecuencia se expresan en las disposiciones de archivo: la falta de pruebas y la no consideración de los hechos denunciados como delito. Esto es así y por amplio margen tanto para peculado como para colusión, aunque varía un tanto la importancia cuantitativa de cada una de éstas.

En las denuncias por colusión la principal causa de archivo es la falta de pruebas (32%) y la calificación de los hechos como no delito (28%). En las denuncias por peculado prima la estimación de los hechos como no delictuales (39%). Y cuando se denunció por ambos delitos, el peso de las causas es bastante similar: en el 36% se indicó que no hubo delito y en el 38% que faltaron pruebas. Luego de este bloque de motivos, los siguientes son marginales.

**Gráfico 25**

**Razón del archivo según las disposiciones fiscales[70]**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.

Elaboración propia.

Si nos quedamos con esta imagen, la problemática del archivamiento de denuncias en los casos de peculado y colusión tendría un sentido particular. El problema, aparentemente, estaría en las denuncias: se busca que se investiguen hechos que no son delitos (36%, promedio ponderado) o algunos otros para los que se carece de material probatorio (31%, promedio ponderado).

Sin embargo, cuando analizamos las razones en función de la condición del archivo (no cuestionados e inadecuados), salta a la vista que, entre los archivos inadecuados, se hace poca referencia a que los hechos no son delito como razón para el archivo (9% para colusión y 15% para peculado, en ambos delitos se aprecian niveles no críticos aunque sí relevantes). Determinar el archivo de un delito por no constituir hecho delictivo es relativamente simple. En la revisión de carpetas fiscales fue común encontrar denuncias por evidentes infracciones administrativas sin ninguna conexión con la materia penal; además de algunas otras que, movidas por intereses políticos, terminaban siendo correctamente archivadas.

70 El 59% de disposiciones tienen entre una de sus causales de archivo el no ser delito contra la Administración pública y, en el 24% de éstas, figura como la única causal. Se decidió retirar este dato del análisis porque en estricto la mayoría de estos casos han sido derivados a otras fiscalías penales. De la misma forma se procedió con las disposiciones que fueron archivadas o derivadas por la causal falta de competencia.

En la mayor parte de disposiciones de archivos inadecuados, la razón principal argumentada por el fiscal es la falta de pruebas. Eso pasa en el 37% de los casos de peculado y en casi la mitad de los de colusión (46%) y los de peculado y colusión (45%). A juicio del equipo investigador estos archivos, en los que no existirían pruebas, esconden en realidad una deficiente labor investigadora por parte del fiscal.

**Tabla 24**

**Archivos inadecuados según razones de archivo**

| | Hecho no es delito | Falta de pruebas |
|---|---|---|
| Peculado | 15% | 37% |
| Colusión | 9% | 46% |
| Peculado y colusión | 15% | 45% |

Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

La importancia de estas cifras es mayor. El archivo que determina que los hechos denunciados no son delitos genera calidad de cosa decidida en los hechos denunciados. No podrán volver a ser investigados ni reabiertos[71]. Causan estado los hechos perpetrados que quedan en la impunidad, a menos que se incurra en causal de nulidad como la no notificación a la Procuraduría de lo actuado.

Estos resultados refuerzan la urgente necesidad de fortalecer a las Fiscalías Anticorrupción bajo un enfoque integral que refuerce lineamientos de política, así como gestión e investigación capaces de atacar transversalmente problemas que, en apariencia, no están conectados con la tasa de archivos inadecuados. El enfoque que se ha tomado en este informe no concentra los motivos del archivo en la lectura literal de las razones dadas en las disposiciones ni en su debilidad jurídica, ya que los problemas, como se ha visto, son complejos y transversales.

71 A menos que se trate de un archivo provisional, según el artículo 335.2º del Código Procesal Penal.- Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial.

### 3.7. Factores que elevan la probabilidad de tener un archivo inadecuado

Hasta este momento, se han listado un conjunto de factores ligados directamente a la investigación preliminar que tienen una relación con la calidad del archivo. Esta relación es directa en tanto la aparición de alguna de estas características eleva la posibilidad de contar con un archivo inadecuado. Pero no todos estos factores influyen de la misma manera en un archivo inadecuado. Algunos factores tienen más peso, mientras que otros se neutralizan. Apreciar el efecto conjunto de estos factores es un ejercicio que exige la prueba conjunta de éstos sobre la calidad del archivo.

Una de las formas para analizar el efecto que un grupo de variables tiene sobre una tercera es la aplicación de modelos econométricos. Éstos permiten medir el efecto de una variable sobre otra. En nuestro caso, lo que interesa es analizar el efecto que algunas variables (independientes) de la investigación preliminar tienen sobre la probabilidad que un archivo se convierta en uno inadecuado (variable dependiente).

Primero se estimó un modelo básico. Todos los modelos toman a la variable archivos inadecuados como dependiente. Lo que va variando entre una estimación y otra son las variables independientes. En el modelo básico se trabajó con las cuatro variables evaluadas en las disposiciones fiscales (orden y claridad de la narración de los hechos, completitud en el listado de las evidencias encontradas y de los indicios no hallados, coherencia en la información extraída de las evidencias, y claridad en la determinación de las causas del archivo). Este modelo resultó ser robusto en términos estadísticos, lo cual afianzó su uso como modelo básico.

Luego, al modelo básico se le fueron agregando extensiones. Cada extensión está compuesta por un grupo de variables temáticamente agrupadas. El objetivo de las extensiones es estimar cómo varía la probabilidad que se éste ante un archivo inadecuado cuando se introducen otras variables que podrían influir en esa relación.

Los resultados, detallados en el anexo 4, muestran la importancia de las características de fondo de las disposiciones fiscales como variables que anticipan la ocurrencia de un archivo inadecuado. Cuando una disposición fiscal desciende un nivel en nuestra escala de calificación (del 1 al 5), se eleva en un 54% la probabilidad de que el archivo sea inadecuado. Lo mismo sucede con la variable que mide la coherencia en la información extraída de las evidencias: al disminuir un nivel de calificación aumenta en un 38% la probabilidad de que sea inadecuado. En el caso del descenso en

un nivel en la escala de calificación de la variable que mide claridad en la determinación de las causas de archivo, el efecto es de un aumento en 67% en la probabilidad de tener un archivo inadecuado. Todos estos resultados se dan al 1% de significancia estadística, estándar bastante riguroso que asegura la solidez de los resultados.

Lo que estos resultados revelan es la íntima relación que existe entre cómo se investiga y los resultados que esto ocasiona sobre la calidad del archivo. La explicación para la disminución en un nivel en cada una de las variables citadas se explica no solo por causas propias al fiscal (especialización, por ejemplo) sino también por los factores ya analizados ligados a los Lineamientos de Política, Gestión e Investigación. En otras palabras, es posible predecir un archivo inadecuado con un bajo margen de error a partir de la evaluación de las características de la disposición de archivo.

Del resto de variables independientes, tres muestran resultados estadísticamente significativos. De éstas, hay dos que están íntimamente vinculadas: la toma de declaraciones a investigados y testigos. Cuando se programa pero no se realiza la toma de manifestación a investigados, la probabilidad de que el archivo se convierta en uno inadecuado aumenta en 40% (significancia al 5%). Cuando la diligencia programada pero no realizada es la de los testigos, la probabilidad de arribar a un archivo inadecuado aumenta en 62% (significancia al 1%).

**Tabla 25**

**Efectos marginales de variables significativas sobre la probabilidad de contar con un archivo inadecuado**

| Variables | Efecto marginal sobre probabilidad de archivo inadecuado |
|---|---|
| Disposición fiscal: Completitud en el listado de las evidencias encontradas y de los indicios no hallados | - 54% |
| Disposición fiscal: Coherencia en la información extraída de las evidencias | - 38% |
| Disposición fiscal: Claridad en la determinación de las causas del archivo | - 67% |
| Declaraciones de testigos programadas pero no realizadas | + 62% |
| Razón de archivo: Hecho no es delito | + 57% |

Fuente: Estimaciones econométricas propias.
Elaboración propia.

### 4. Acerca del Recurso de Elevación de Actuados y su función en el modelo procesal penal

De manera similar a la regulación que establece la Ley Orgánica del Ministerio Público, el NCPP permite la posibilidad de interponer un recurso de elevación de actuados frente a la disposición de archivamiento del fiscal provincial que concluye una investigación. En virtud del mismo, y siempre que se cumplan los requisitos legales, el fiscal provincial deberá remitir el recurso de elevación de actuados al fiscal superior, quien deberá revisar si la decisión de archivamiento del fiscal provincial es conforme a Derecho.

Así, de no estar la disposición de archivamiento conforme a Derecho, puede anularla y ordenar que se siga investigando, especificando (o no) las diligencias que deberán practicarse u ordenando formalizar la investigación, o incluso ordenar un cambio de fiscal provincial para que sea otro el que se encargue de continuar con las investigaciones (en casos de prueba nueva que aparezca e investigaciones previas defectuosas). También es posible, por supuesto, que considere que la investigación del fiscal provincial no es defectuosa, y por lo tanto confirme la disposición de archivamiento.

El procedimiento para resolver el recurso de elevación de actuados tiene varias importantes funciones. La primera de ellas es corregir los errores en los que puedan incurrir los fiscales provinciales ya que, en principio, los superiores tienen mayores conocimientos y experiencia que los primeros. De la misma manera, cumple también la función de homogenizar y unificar criterios al interior de la Fiscalía Anticorrupción, acabando con las posturas encontradas que en ocasiones pueden producirse a nivel de Fiscalía Provincial.

Esta última finalidad merece algunas consideraciones adicionales. Los fiscales superiores, a través de su facultad de anular o confirmar disposiciones de archivo, van determinando en materia de evidencias, conceptos que pueden ser tan problemáticos en estas investigaciones como el de "causa probable". De hecho, cada vez que un fiscal superior confirma o anula un archivamiento basado en insuficiencia probatoria está contribuyendo a la formación de dicho estándar, ya que emite un juicio de valor acerca de la capacidad de la evidencia recolectada por el provincial para justificar una investigación mayor por colusión o peculado.

De existir archivamientos basados en interpretaciones de la ley que son objeto de debate en doctrina, la Fiscalía Superior puede también encargarse

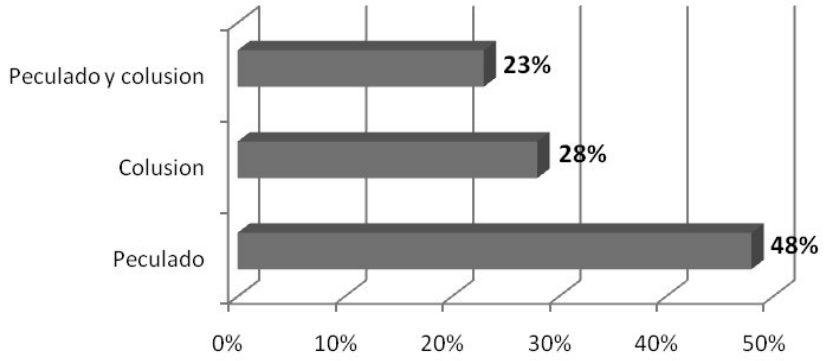
de definir la posición institucional frente al debate por medio de sus disposiciones (anulando los archivamientos basados en interpretaciones que considere incorrectas, y confirmando los que se basan en las correctas).

La relevancia de analizar los recursos de elevación de actuados está no solo en su calidad como herramienta procesal, sino también en su frecuencia y su efecto. De nuestro análisis, este recurso se interpuso contra el 36% de los archivos, siendo más importante en los casos de peculado, pues abarca a casi la mitad de éstos (48%), y menos frecuentes en los de colusión (28%) y los que tuvieron ambos tipos (23%). La gran mayoría termina siendo admitida (87%) pero también en una amplia mayoría se termina confirmando la disposición de archivo (65%).

Ahora bien, más allá de la teoría, a continuación analizamos cómo las Fiscalías Superiores vienen desarrollando estas funciones, a partir del análisis de las disposiciones que resolvieron los recursos de elevación de actuados interpuestos, así como de las entrevistas a fiscales realizadas.

**Gráfico 26**

**Porcentaje de archivos donde se interpuso el recurso de elevación de actuados**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

### 4.1. Plazo para impugnar una disposición de archivo

El inciso 5 del artículo 335º del NCPP establece que el denunciante que no estuviese conforme con la Disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al Fiscal Superior no obstante la Fiscalía de la Nación ha señalado que dicho plazo está referido al tiempo que tiene el fiscal para elevar las actuaciones al fiscal superior. En ese sentido y siguiendo lo expresado en el artículo 12º de su Ley Orgánica,[72] ha aprobado la Directiva Nº 009-2012-MP-FN denominada "Plazo para impugnar las disposiciones fiscales de archivo o de reserva provisional"[73] en la que señala que el denunciante, en el plazo de tres días, podrá impugnar tal decisión ante el mismo fiscal, a fin que éste eleve lo actuado a la Fiscalía Superior que corresponda, en el plazo de cinco días".

Al respecto, el Tribunal Constitucional[74] ha señalado que estas dos normas legales han venido a entrar en conflicto al momento de su aplicación progresiva del NCPP, pues regulan por igual el mismo supuesto de cuestionar la decisión fiscal de archivar el caso variando únicamente el plazo a otorgarse al denunciante para tal fin, conflicto normativo que a consideración de este Colegiado debe ser resuelto optando por la aplicación de la norma más tuitiva para la parte que decide cuestionar dicha decisión, en razón de que dicho conflicto de orden espacial y temporal no debe afectar el derecho de las partes de acceder a un medio impugnatorio o a la aplicación de la disposición que cumple con dicha función. En tal sentido, el operador jurídico debe aplicar la norma que otorgue una mayor tutela al referido derecho.

No compartimos la opinión desarrollada por el intérprete de la Constitución en considerar que existiría un conflicto de normas, toda vez la norma que regula el plazo para recurrir una decisión fiscal de archivo tiene carácter procesal, por lo que, en aplicación del artículo VII del NCPP[75] la norma

72 Artículo 12º de la Ley Orgánica del Ministerio Público.-Trámite de la denuncia [...] Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria. Consentida la Resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento.

73 Fecha de publicación, 8 de agosto de 2012.

74 Sentencia del Exp. Nº 02445-2011-PA/TC, del 14 de marzo de 2014, F.J. 9.

75 Artículo VII del Código Procesal Penal.- Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal.

1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.
2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado,

aplicable es aquella vigente al momento en que se realiza el acto procesal *(tempusregitactum);* es decir, el plazo para impugnar la disposición fiscal de archivo es el regulado por el inciso 5 del artículo 334º del NCPP.

Podemos afirmar que nos encontramos frente a un problema de ambigüedad sintáctica, debido que la norma en cuestión recoge dos sentidos interpretativos: i) el plazo previsto es para elevar los actuados al Fiscal Superior, o ii) el plazo fijado es para que el denunciante recurra la decisión de archivo que exige una modificación normativa. No obstante y en tanto ocurra ello, el operador del Derecho debiera optar por el sentido interpretativo que favorezca y ofrezca mayor protección al impugnante. Es decir, el denunciante que no estuviese conforme con la Disposición de archivar las actuaciones o reservar provisionalmente la investigación, contará con 5 días para la presentación de su recurso de elevación de actuados.

### 4.2. Deficiencias en la construcción y estructura de disposiciones que resuelven los recursos de elevación de actuados

Las disposiciones que resuelven los recursos de elevación de actuados presentan, en muchos casos, problemas serios de redacción que impiden comprender adecuadamente cuáles son las razones por las que se confirma o anula la decisión de archivamiento a nivel de fiscalía provincial. Como resulta obvio, no entender apropiadamente la motivación de la decisión de un superior puede llevar al fiscal provincial a cometer el mismo error. Ello no necesariamente supondrá una corrección nueva del superior, ya que es posible que la misma no sea impugnada por el denunciante o por la Procuraduría Anticorrupción, quedando consentida y por lo tanto el superior nunca tenga la ocasión de volver a hacer la corrección.

En general, las disposiciones que resuelven los recursos de elevación de actuados presentan la siguiente estructura coherente (o una muy similar):

- Hechos Imputados.

---

expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.
4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

- Fundamentos fácticos y jurídicos de la disposición final de archivamiento.
- Fundamentos del recurso de elevación.
- Pronunciamiento de la instancia revisora.
- Conclusión.
- Parte dispositiva.

A pesar de que en general el diseño respecto a las partes de la disposición que resuelve el recurso de elevación de actuados es positivo, hay dos comentarios que podrían contribuir a mejorarlas. Primero, es necesario homogenizar un solo modelo de resolución de recurso de elevación de actuados, ya que en algunas fiscalías superiores se utiliza uno distinto en el cual se viene omitiendo la referencia a los fundamentos de la disposición de archivamiento emitida por el fiscal provincial. Ello no sería lo más adecuado, puesto que resulta importante que los mismos sean consignados para que la motivación del fiscal superior pueda referirse a los mismos, expresando por qué razones son válidos o no. Una motivación que no consigne claramente los fundamentos de la decisión de archivamiento difícilmente puede cumplir el estándar de suficiencia.

En segundo lugar, puede incorporarse como regla general, el listar o señalar las evidencias recolectadas por el fiscal provincial, así como la información que aporta cada una de éstas. Actualmente, algunos fiscales señalan exhaustivamente las declaraciones recolectadas por el fiscal provincial y consignan un resumen de las mismas. Sin embargo, éstas son solo una parte de las que el provincial suele recolectar en la carpeta fiscal. Otros son más rigurosos señalando todas las evidencias, pero no son la mayoría.

Los documentos administrativos recopilados, las pericias y en general cualquier otra evidencia que pueda existir en la carpeta fiscal debería ser listada y mencionada en la disposición fiscal que resuelva un recurso de elevación de actuados. De ese modo, además de controlar la coherencia de la decisión final, se contribuye al control y formación del estándar probatorio necesario para formalizar investigación preparatoria.

Esto último tiene una importancia vital para el adecuado cumplimiento de las funciones de la Fiscalía Superior. En general, hacer la comparación entre un caso en el que el fiscal confirma el archivamiento de la investigación y uno en el que lo anula resulta mucho más sencillo si se cuenta con un listado de evidencias obrantes en cada carpeta fiscal junto con la información que indique lo que cada evidencia aporta al caso. A la

larga, esto permitiría controlar con mucho mayor cuidado cuándo un caso reúne o no los requisitos necesarios para merecer una formalización de la investigación preparatoria.

Por último, y de manera adicional a las dos observaciones ya realizadas, sería recomendable que el fiscal superior reservase también una parte específica de su pronunciamiento a establecer cuál era la teoría del caso del fiscal provincial y por qué ésta ha sido descartada. Actualmente, esta información debería aparecer en la parte denominada "pronunciamiento de la instancia revisora". Sin embargo, en varias oportunidades los razonamientos que aparecen esbozados en estas secciones son confusos o no son lo suficientemente claros.

Tener una sección al interior de este acápite en la que el fiscal superior esté obligado a decir cuál fue, a su entender, la teoría del caso concreta que el fiscal provincial descartó ayudaría a esclarecer los estándares y a controlar mejor la racionalidad de su decisión. Asimismo, permitiría también que el fiscal provincial conociera lo dispuesto por su superior jerárquico.

Proceder de esta manera podría suponer que el fiscal superior eventualmente se reúna con el provincial antes de resolver y le haga las consultas del caso referidas a su decisión de archivar. Esta práctica tendría un impacto positivo en el desempeño de la Fiscalía Anticorrupción por las razones ya mencionadas, y no tomaría demasiado tiempo, ya que en la mayoría de casos las fiscalías superiores están ubicadas físicamente en el mismo edificio que las provinciales.

### 4.3. Anulación de disposiciones de archivo e ineficiencia de diligencias adicionales dispuestas

La anulación de disposiciones de archivamiento, ante todo, debe fundamentarse en la detección de serios defectos en la investigación, vulneraciones al debido proceso (por no notificar a alguna de las partes pre-procesales, por ejemplo), o interpretaciones de la ley equivocadas que hayan servido para sustentar la supuesta atipicidad de una conducta. En los casos en los que la anulación de la disposición que archiva la investigación se sustenta en alguna de esas tres causales, la función de depuración de errores que cumple la Fiscalía Superior está correctamente cumplida.

Sin embargo, en la práctica, ocurre con cierta frecuencia que los fiscales superiores anulan la disposición solo porque el provincial no ha realizado determinadas diligencias que él mismo había programado inicialmente o que simplemente son consideradas de gran importancia por el superior.

Es en Áncash donde esto sucede con mayor frecuencia con 6 de 17 casos (35%), seguido de Lima con 2 de 6 casos (33%), y Ayacucho con 1 de 8 casos (13%). En Junín se da en el único caso que hemos registrado.

> *"Los superiores hasta ahora, de todas las elevaciones que he tenido, cuando no las aprueban le dicen amplia diligencias, pero vuelve a concluir archivo. No hay coordinación entre los dos niveles, ellos anulan la disposición de archivo y no explican cuál sería el beneficio de hacerlo."* (Fiscal de Lima).

> *"Los fiscales superiores que revisan las carpetas tienen distintos niveles de formación. Superior no quiere decir que sepa más per se. Hay fiscales superiores que mandan denunciar hechos que no están previstos ni siquiera en la norma, lo cual es alarmante."* (Fiscal de Lima).

> *"Otra deficiencia es que como el superior no nos llama para ver por qué hemos archivado. Ordenan luego ampliar la investigación pero dan un plazo muy corto. Yo sugiero que ellos digan qué se debe investigar extra, pero que el plazo lo dé el provincial porque ellos* [los fiscales superiores] *no saben lo difícil que puede ser ejecutar lo que están ordenando. Ellos deberían decir que diligencias faltan a su criterio. Entonces el fiscal con su criterio ya pone el plazo, eso hace que la parte te cuestione, porque considera que el plazo dado por el superior se vence."* (Fiscal de Lima).

Esto no resultaría un problema (ya que el superior está legalmente autorizado para actuar de ese modo) si no fuese porque no se hace un análisis estratégico alrededor de la necesidad de contar con determinada diligencia.

Las diligencias como todo acto de investigación deben ser evaluadas en función a su capacidad potencial para aportar nueva información relevante al caso. En estricto, no hay en realidad una cantidad determinada de diligencias que permitan asegurar que un caso está bien investigado (si bien algunas diligencias mínimas pueden ser útiles en la gran mayoría de investigaciones). Tampoco puede afirmarse que un número demasiado bajo de diligencias equivale, automáticamente, a un caso mal investigado. Si esto es así, entonces resulta trascendental que cada fiscal superior se pregunte sobre qué información nueva es relevante para cambiar el sentido de la decisión de archivamiento con el aporte de esta diligencia no realizada.

La respuesta a esta pregunta debería constar en cada disposición que resuelve un recurso de elevación de actuados ordenando realizar

nuevas diligencias. En el caso de las pericias, el fiscal superior debería fundamentar por qué resulta necesaria la aplicación del test de necesidad propuesta en otra parte de este informe. Por supuesto, el presupuesto para poder determinar con exactitud cuál puede ser el grado de aporte de una diligencia en concreto es haber identificado cuál es la teoría del caso que el fiscal debió respaldar. Caso contrario, el ejercicio del superior puede carecer de técnica y poco objetivo, además de poco unificado entre un fiscal y otro.

> *"Es básicamente una cuestión de criterio de los superiores, hay una cuestión de criterio muy subjetiva respecto de los archivos que la fiscalía superior corrige."* (Fiscal de Lima).

> *"Lo que pasaba era que si bien la doctora* [fiscal superior] *más estricta ordenaba más diligencias y estas se hacían, al final igual se archivaba. Cuando ordenaba formalizar, formalizábamos y al final igual había sobreseimiento aprobado por el juez. Ahora estamos trabajando con uno nuevo y no sabemos cómo trabajará."* (Fiscal de Lima).

Concretizando el problema descrito en casos específicos, esta deficiencia suele manifestarse en lo que respecta a la toma de declaraciones. En ocasiones, el provincial llega a la conclusión de que no resulta necesario interrogar a determinado testigo porque ya ha reunido suficiente información como para considerar que lo que corresponde es desestimar la denuncia. El superior, sin embargo, al apreciar que este sujeto no ha sido interrogado, tiende a ordenar que se le tome la declaración, sin apreciar que por la naturaleza del caso éste tiene muy poco o nada que aportar.

Por ello, el criterio que debería regir al momento de ordenar nuevas diligencias sería el pronóstico favorable de obtención de información extra relevante para la teoría del caso. En efecto, solo cuando dicho pronóstico concurra resultará adecuado anular el archivamiento y forzar la realización de nuevos actos de investigación. La situación contraria no es productiva y es la que predomina según varios fiscales.

> *"Yo no puedo juzgar a los superiores, lo que sí te digo es que sus dictámenes deben estar totalmente fundamentados, y ellos tienen que decirme qué diligencias son importantes y por qué. Yo no lo objeto, pero si sus diligencias nuevas no me convencen, igual fundamento porque vuelvo a archivar. Ahí es donde me puede ordenar formalizar."* (Fiscal de Lima).

> *"A veces cuando el superior revisa te dice revoca, sin decirte por qué, y no te dice las pautas. Te dice acusa, pero no te dice cuáles son las razones, hay déficit de motivación. Te deberían decir cuáles son las razones para justificar la decisión. Te dicen acusa con lo que tienes pero no te dicen por qué. Y tienen toda la carpeta, entonces el fiscal está obligado a ir Juicio Oral a perder."* (Fiscal de Lima).

Proceder de manera contraria a esta regla genera incentivos perversos. El hecho de que los fiscales superiores ordenen realizar diligencias sin especificar cuáles su valor estratégico ha causado que varios fiscales opten por volver a archivar el caso haciendo caso omiso de sus indicaciones, cuando la carpeta fiscal vuelve a bajar. Como ya se señaló previamente, esto no necesariamente generará un nuevo pronunciamiento del fiscal superior ya que es posible que el afectado no interponga el recurso de elevación de actuados respectivo, con lo cual la disposición quedará consentida sin más y el fiscal superior no podrá pronunciarse.

Del mismo modo, otros fiscales terminan realizando diligencias solo para poder consignarlas en su futura disposición de archivo, a pesar de que saben desde el principio que el caso no tiene mayor futuro. Ello congestiona innecesariamente el sistema, y genera un despilfarro de recursos. El poco interés en ejecutar las diligencias se percibe claramente en la calidad de las preguntas que se formulan, o el poco rigor para conseguir y analizar la documentación relevante. Lo óptimo en casos de ese tipo es archivar liminarmente y pasar de inmediato a otro caso que sí merezca mayores esfuerzos.

De acuerdo a las entrevistas, en algunas fiscalías se han producido reuniones entre los representantes de ambos niveles jerárquicos para llegar a un acuerdo. Pero al escuchar a sus superiores, los fiscales provinciales se encuentran con que éstos consideran que un alto porcentaje de las denuncias deben ser investigadas. Esto, además de ser materialmente imposible en un sistema con recursos limitados para asignarle a las Fiscalías encargadas de investigar los casos por corrupción, es contrario a la lógica de un sistema acusatorio como el que el Código Procesal Penal del 2004 pretende implantar.

> *"En primer lugar, cuando han visto archivos nunca nos han llamado. En archivos nunca nos han llamado. Esto es negativo, solo nos llaman en apelación de autos, sentencias."* (Fiscal de Lima).

De esto se desprende, una vez más, la importancia de mejorar la coordinación entre las fiscalías superiores y las provinciales, con el fin de

evitar que se produzcan las situaciones ya descritas. Conviene insistir aquí en los beneficios de tener una entrevista con los fiscales provinciales cuyas disposiciones de archivamiento suban en impugnación, para entender a cabalidad las razones de fondo de su decisión y poder valorarlas adecuadamente.

### 4.4. Discrepancias interpretativas sobre la notificación de los sujetos legitimados y el plazo para interponer Recurso de Elevación de Actuados

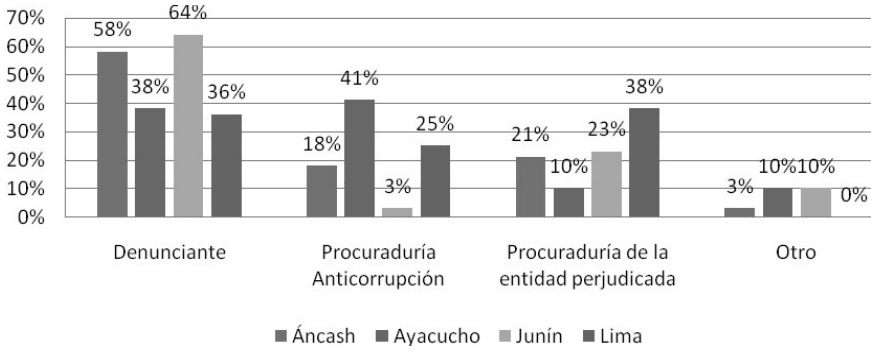
En la práctica, las Fiscalías Provinciales y Superiores observan la aplicación de diferentes criterios e interpretaciones acerca de a quienes se les debe notificar la disposición de archivo fiscal, y quienes se encuentran legitimados para interponer el recurso de elevación de actuados.

La multiplicidad de criterios siempre juega en contra de la predictibilidad y la seguridad jurídica en la toma de decisiones al interior de las Fiscalía Anticorrupción; los fiscales provinciales reportan dudas sobre la identidad de quiénes deben ser notificados con una disposición de archivo o a quiénes debe concedérseles el recurso de elevación de actuados. Estas dudas, al tiempo de realizarse el estudio parecían persistir inclusive en fiscalías superiores.

Al margen de discrepancias interpretativas, lo cierto es que el estudio revela la frecuencia de notificación de disposiciones de archivo dirigidas a la persona que denunció, así como la frecuencia con que los denunciantes interponen recurso de elevación de actuados contra tales disposiciones. A excepción de Ayacucho, casi siempre son los denunciantes quienes lo hacen con mayor frecuencia (58% en Áncash, 38% en Ayacucho, 64% en Junín y 36% en Lima).

**Gráfico 27**

**Sujeto que interpuso el recurso de elevación de actuados**




Fuente: Levantamiento de información de carpetas fiscales.
Elaboración propia.

Para explicar la controversia es oportuno señalar que en virtud del artículo 41º del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068,[76] la Procuraduría Anticorrupción está incuestionablemente legitimada para ser notificada e interponer el recurso de elevación de actuados contra la disposición de archivo emitida por el fiscal. En este punto hay unanimidad de criterio entre todos los fiscales acerca de la procedencia de la concesión del recurso de elevación.

Dentro del NCPP, el artículo 334.1º –antes de su modificación– establecía que la disposición de archivo se debía notificar al denunciante y al denunciado. Sin embargo, y valiéndose de una interpretación no literal del precepto y supuestamente sistemática, algunos fiscales provinciales entendían que no había necesidad de comunicarle la disposición de archivo al denunciante debido a que no era parte del proceso, a menos que, fuese al mismo tiempo "agraviado". Bajo este criterio, el único legitimado para interponer el recurso de elevación era el Procurador Anticorrupción (representante del Estado, que es el agraviado en los delitos contra la Administración Pública).

76 Artículo 41º del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068.- De las facultades especiales. Además de las facultades establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, los Procuradores Públicos Especializados tienen las siguientes atribuciones: [...] 2. Interponer recurso de queja contra la resolución del Fiscal que deniega la formalización de denuncia penal e intervenir en el procedimiento derivado de la misma ante el Fiscal Superior. Todas las decisiones que se dicten en este procedimiento le serán notificadas.

El principal respaldo de esta interpretación se basó en un oficio de Fiscalía de la Nación que se basaba, a su vez, en una recomendación del Equipo de Implementación Técnica del Nuevo Código Procesal Penal,[77] que en uno de sus párrafos indica:

> *"(...) Las diligencias preliminares, en razón a su naturaleza especial, no tienen carácter jurisdiccional, por lo que el tratamiento de esta etapa no puede ser el mismo que el referido a aquellas que sí poseen dicho carácter. En razón a ello, no resulta permisible interpretar que la facultad de formular una denuncia le confiera la exigibilidad de ser notificado con las disposiciones que se emitan en torno al inicio o archivo de la investigación, pues conforme se ha señalado en el presente informe durante el desarrollo de esta etapa, el denunciante que no es agraviado no sólo no posee la calidad ni de sujeto procesal ni de parte, sino que tampoco tiene interés legítimo respecto a la denuncia formulada, por ende no existiría obligación legal de notificarlo con cualquiera de las disposiciones antes mencionadas.*
>
> *(...) no se le concede legitimidad para obrar ni la calidad de parte para ejercer impugnación alguna. (...)".*

Así también lo expresa un fragmento de una disposición superior que resuelve un recurso de elevación de actuados declarando nulo el concesorio del recurso de elevación emitido por un fiscal provincial en favor del denunciante –que en esa ocasión no era el procurador–:

> *"CUARTO: De la interpretación sistemática de estas normas se desprende que, para efectos de impugnar las disposiciones de archivo, al amparo de lo establecido en el artículo 334º del Código Procesal Penal, únicamente tienen la legitimidad para impugnar los denunciantes que poseen además la calidad de agraviados, pues el solo hecho de interponer denuncia no legitima al mero denunciante para que actúe como parte o sujeto procesal; dicho criterio ha sido recogido también por el Equipo Técnico institucionalizado de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Con relación a la Defensa del Estado, en específico, lo realizan por mandato de la Constitución y la Ley, las Procuradurías Públicas, siendo estos entes quiénes únicamente tienen legitimidad para impugnar las disposiciones fiscales. Entender lo contrario sería afectar la igualdad de armas* [...]"

77 Informe Nº 001-2013-MP-FN-ETI-NCPP/ST del 31 de enero de 2013 emitido por la Secretaría Técnica de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal: "(...) III. CONCLUSIONES: Tomando en cuenta los considerandos precedentes, esta Secretaría Técnica considera oportuno plantear que a partir de la fecha se establezca como criterio fiscal (...)".

Ante la confusión y discusión a nivel de fiscalías sobre la aplicación de la disposición legal, se produce la modificación del artículo 334º del NCPP,[78]que establece en su inciso 1, de manera aún más clara, que la disposición de archivo debe ser notificada al denunciante, al agraviado y al denunciado. Asimismo, se precisa en su inciso 5º que el denunciante o agraviado que no esté de acuerdo con la disposición de archivar las actuaciones, o de reservar provisionalmente la actuación, puede requerir al fiscal para que eleve las actuaciones al fiscal superior.

Lo anterior propició una discusión jurídica entre los fiscales vinculados al sistema anticorrupción acerca de si se debía seguir aplicando los criterios fiscales del Informe Nº 001-2013-MP-FN-ETI-NCPP/ST, citado líneas arriba, en el sentido de no notificar al denunciante o si se debía acatar lo dispuesto por la modificatoria del artículo 334º acerca de notificar a éste.

Al respecto la Secretaría Técnica de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, mediante circular[79] dirigida a los Fiscales Superiores y Provinciales Coordinadores de las Fiscalías del sistema anticorrupción, les solicita que en atención a la modificación del artículo 334º del NCPP se establezcan criterios interpretativos sobre la legitimidad del denunciante (no agraviado) para recurrir en queja la decisión del fiscal provincial de archivar o reservar el caso. La misma circular sugiere, contrario a la norma anterior y la vigente, que los criterios fiscales del Informe No.001-2013-MP-FN-ETI-NCPP/ST deben seguir aplicándose, ya que en razón a su interpretación, las modificaciones del artículo 334º fueron realizadas para subsanar un vacío legal que dejó la redacción original de dicha norma:

> *"(...) De las modificaciones impuestas por la nueva Ley, puede inferirse que el legislador habría procurado subsanar el aparente vacío legal que dejaba la redacción original del artículo 334º del NCPP, según la cual el agraviado solo podía ser notificado de la disposición de archivo y recurrirla en queja si era al mismo tiempo el denunciante –puede que por ello la modificatoria consista simplemente en la incorporación del término "agraviado" en los incisos 1 y 5 del referido artículo-.*
>
> *A nuestro juicio, la interpretación que se le dé a la nueva redacción de la norma debería observar aspectos jurídicos como la legitimidad, la capacidad para obrar, la proscripción del abuso de facultades mal atribuidas a personas que denuncian sin ser agraviadas del delito, mas aun en aquellos casos en los que existe pluralidad de denunciantes. (...)"*

78 Artículo modificado por el artículo 3º de la Ley Nº 30076, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de agosto de 2013.

79 Oficio Circular Nº 07-2013-MP-FN-ETI-NCPP/ST del 22 de agosto de 2013.

Sobre esta controversia surgida a raíz de la modificatoria del citado artículo 334º, el Defensor del Pueblo, mediante Oficio N° 01158-2013/DP dirigido al Fiscal de la Nación, manifestó lo siguiente:

> *"(...) Como se puede apreciar, la modificación del citado artículo distingue las figuras de denunciante y agraviado como sujetos distintos a quienes se les debe notificar la decisión de archivo (inciso 1) y que tienen la facultad de apelar el mismo ante el fiscal superior (inciso 5).*
>
> *Nuestra institución considera que la modificación aprobada puede contribuir decididamente a introducir un mecanismo de accountability vertical o control social; no en el sentido de que pueda perturbar la competencia, independencia o autonomía de las instituciones, sino de hacer efectiva la participación ciudadana para contribuir en la actuación de los poderes públicos. Máxime, cuando los instrumentos internacionales en los que el Perú es parte comprometen al Estado a adoptar medidas adecuadas que fomenten y fortalezcan esta participación, tal como lo señala el artículo 13º de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y artículo III, numeral 11 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.*
>
> *En tal sentido, señor Fiscal de la Nación, creemos que esta nueva disposición constituye una herramienta importante para luchar contra la corrupción y que debería merecer la revisión de los criterios del Informe N° 001-2013-MP-FN-ETI-NCPP/ST. (...)"*

Finalmente, la Secretaría Técnica de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, mediante Informe Nº 39-2013-MP-FN-ETI-NCPP/ST de fecha 26 de noviembre de 2013, se pronunció sobre la notificación al denunciante de las disposiciones de archivo y la posibilidad de recurrir en queja, en este sentido:

> *"(...) Debe recordarse que el "denunciante no agraviado" no goza de ninguna pretensión impugnatoria en la decisión de archivar el caso denunciado, porque no tiene derechos vinculados a la disposición fiscal de archivo. Por el contrario frente a la mera expectativa que podría o no generarse el denunciante no agraviado en que se investigue por más tiempo su denuncia o que se valore de distinto modo los hechos, se encuentran los derechos fundamentales del denunciado. (...)"*
>
> *"(...) En ese sentido el inciso 5 del artículo 334º del Código Procesal Penal debe ser entendido en el sentido de que se permita la impugnación en queja*

*del archivo fiscal únicamente al agraviado, haya sido o no denunciante de los hechos. (...)"*

En este informe puede apreciarse un cambio de postura respecto a la notificación al denunciante ("no agraviado") de delitos contra la Administración pública acerca de la decisión del archivo; y, ello, en aras de promover la lucha contra la corrupción. Así se entiende de la primera conclusión consignada en él:

> *"(...) Primera. En los casos de delitos contra la administración pública, la notificación al denunciante no agraviado es considerada como un mecanismo de promoción o fomento de la lucha contra la corrupción. En consecuencia, en este tipo de delitos, la disposición fiscal de archivo debe ser notificada al denunciante, aun cuando no sea el agraviado o no lo represente. (...)"*

Pero respecto a la legitimidad para interponer un recurso tendente a cuestionar un mal archivo fiscal de una denuncia por la comisión de un delito contra la administración pública, sólo se atribuye al denunciante-agraviado, entiéndase al Estado.

Ahora bien, es legítimo preguntarse, ¿sólo el Estado puede ser el agraviado en un delito contra la administración pública? Si bien en doctrina mayoritaria se inclina por responder a la interrogante con un contundente sí; sin embargo, existe un sector que matiza esto para algunos tipos penales específicos de este conjunto de delitos y sobre la base de distinguir al agraviado de la víctima.[80]

El *agraviado* es definido por el artículo 94º del NCPP como todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo.[81] En este orden de ideas vemos que el NCPP, en

80 Para Cubas Villanueva, por ejemplo, el término "agraviado" resulta limitado ya que sólo abarca al titular del bien jurídico tutelado que ha sido vulnerado por el delito; un término que no siempre coincide con el de "víctima", que es más amplio. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Palestra, Lima, 2009, p. 223.

81 Para entender mejor desde el punto de vista de los delitos comunes quienes son agraviados, es importante aclarar quién es el "sujeto pasivo" y la "víctima" en la comisión de un hecho punible. El *sujeto pasivo* se define como el titular del bien jurídico que el tipo penal pretende tutelar. Por ejemplo, en el delito de hurto, vemos que el bien jurídico tutelado es el patrimonio, por lo tanto el sujeto pasivo será el propietario del bien que fue hurtado. Pero existen otros delitos donde el bien jurídico es pluri-ofensivo donde el legislador pretende tutelar distintos intereses, tal es el caso del delito de robo, en el que se protege no solo el patrimonio sino la integridad física y/o a la vida y puede ocurrir que

la figura del "agraviado" –que es una categoría procesal– está protegiendo tanto al *sujeto pasivo* como a la *víctima* del delito que son categorías del derecho penal sustantivo. Ahora bien, ¿quién es el agraviado en estos delitos? Para determinarlo, es indispensable saber cuál es el bien jurídico tutelado en esta clase de delitos y quién es su titular.

La postura predominante es que el bien jurídico tutelado de manera genérica es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la administración pública en sí, en tanto órganos o instituciones sino a la administración en sentido funcional, en tanto su función se orienta a hacer realidad los fines del Estado constitucionalmente establecidos.[82] En cuanto al titular del bien es el Estado. Esta es la posición dominante y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.[83]

Queda claro pues que, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, por regla general, el agraviado es el Estado; quien es sujeto pasivo y a la vez víctima directa[84] de estos delitos, y no el denunciante particular quien solo está cumpliendo con su deber ciudadano de poner en conocimiento de las autoridades la comisión de un presunto hecho punible.[85] Por ende,

---

exista alguien más, aparte del sujeto pasivo que resulte afectado por el hecho punible: la víctima (*vg*. sujeto "X" golpea con una vara metálica al ciudadano "Y" con el objeto de despojarlo de un computador portátil que pertenece a su hermano). En este ejemplo, el hermano del ciudadano "Y" sería el sujeto pasivo del delito de robo (o perjudicado por la consecuencia del mismo), mientras que el ciudadano "Y" –quien sufrió la violencia física– sería la víctima (o aquél directamente ofendido por el delito).

82 Según Salinas Siccha citado por AA.VV. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la Administración pública*, IDEHPUCP, 1. ª ed., Lima, 2013, p. 28.

83 AA.VV. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la Administración pública*. Op. Cit., p. 31.

84 Vale la pena señalar que, a decir de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Literal A.1.), la condición de víctimas –en la comisión de un delito penal– la ostentan: "(...) *las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder*".

85 Con todo y ello, un sector de la doctrina considera que, en ciertos delitos contra la Administración pública como el abuso de autoridad o el de concusión, no solo se protege la Administración pública sino que "también se protegen intereses de particulares". ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 224. Rojas Vargas también recoge esta discusión doctrinaria. En sus palabras, "[p]osiciones reduccionistas sólo consideran sujeto pasivo [para el delito de abuso genérico o innominado de autoridad] a la Administración pública en sentido amplio. Otras posiciones extienden la titularidad del sujeto pasivo también a

al ser el Estado una persona jurídica, es necesario que sea representado por un Procurador Judicial, pero, ¿qué clase de procurador es el que debe representar aquí al Estado? Al respecto, el artículo 46º del Decreto Supremo Nº 017-2008-JUS, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, señala de manera inequívoca que el Procurador Público Especializado en delitos de corrupción es quien representa al Estado cuando es agraviado en esta clase de delitos.[86]

Esta disposición, no obstante, no ha sido compartida a nivel de Fiscalías Superiores, ya que algunos magistrados del Ministerio Público consideran que el representante del Estado no es el Procurador Anticorrupción, sino el Procurador de la propia entidad pública en la que ocurrieron los presuntos delitos de corrupción de funcionarios. Por ejemplo, en un caso de colusión de una licitación llevada cabo por el Ministerio de Defensa, el agraviado vendría a ser según esta interpretación el Procurador de dicha entidad.

Afortunadamente, la gran mayoría de fiscales provinciales notifica tanto al Procurador Anticorrupción -teniendo en cuenta lo dispuesto por la normatividad arriba señalada- como al denunciante (cuando son sujetos diferentes y en el entendido de que solo se notifica la decisión por motivos de mecanismo de fomento de la lucha contra la corrupción y participación ciudadana, sin que ello lo legitime para interponer el recurso de elevación de actuados). Esta tendencia debería ser confirmada por todos los fiscales superiores.

En este sentido, es pertinente que las fiscalías superiores conozcan y apliquen lo dispuesto por el artículo 46º del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068 con el fin de unificar criterios en cuanto a la competencia de los Procuradores Anticorrupción en el conocimiento de investigaciones preliminares en los delitos contra la administración pública.

---

los agraviados directos, sean éstos personas particulares, grupos humanos o personas jurídicas." ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Ob. Cit., pp. 221 y 222.

86 El Procurador Público Especializado en delitos de corrupción interviene en las investigaciones preliminares, investigaciones preparatorias y procesos judiciales por la comisión de los ilícitos penales contemplados en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, como consecuencia de una denuncia de parte, el conocimiento de una noticia criminal o por la intervención del Ministerio Público.

# CAPÍTULO III

# ASPECTOS DE POLÍTICA Y DE GESTIÓN ADVERTIDOS QUE INCIDEN EN LA LABOR FISCAL

## 1. Aspectos de lineamientos de política advertidos que inciden en la labor fiscal

### 1.1. Regulación normativa del archivo fiscal y su concepción como Lineamiento

En el antiguo modelo procesal penal, las investigaciones recorrían la etapa policial y fiscal para recién tener la posibilidad de ser archivadas, no por los fiscales sino por los jueces. El filtro que antes se daba en sede judicial, se da ahora en sede fiscal con el NCPP.

Los fiscales tienen la facultad de archivar investigaciones durante las diligencias preliminares, las cuales forman parte de la etapa de investigación preparatoria. Esta facultad ha sido dotada de una discrecionalidad amplia en la medida que los jueces no tienen intervención alguna. El artículo IV del NCPP señala que "los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional".

Son dos los momentos en los que el fiscal puede determinar el archivo de una denuncia: al momento de la calificación (archivo liminar) y al concluir las diligencias preliminares, justamente como consecuencia de sus resultados.

El archivo liminar o de plano, que se da al calificar una denuncia, implica una investigación mínima en la que no se ordenó ninguna diligencia pero en la que cabe la posibilidad de que el fiscal sí haya ejecutado algunas acciones menores de investigación. En nuestra muestra, el 22% de archivos corresponde a archivos liminares.

La decisión de archivo inmediatamente posterior a las diligencias preliminares tiene el mismo efecto que el archivo liminar, pero se diferencia por la cantidad de trabajo realizado por los fiscales. Algunos

archivos responden a un juicio formado luego que el fiscal procesara en forma completa o sustanciosa la información producida por las diligencias preliminares. Otros archivos tienen un origen distinto: derivan de la obligación de cerrar el caso por el vencimiento del plazo legal de la investigación y al margen de que las diligencias preliminares programadas se hayan realizado o no. Mientras que en teoría en el primer tipo de archivo la disposición del fiscal es una decisión informada, el segundo caso corresponde más bien a una decisión desbalanceada a la que se llegó sin todos los elementos de información planificados por el fiscal. Como vimos en el capítulo anterior, la imposibilidad de finalizar las diligencias programadas es bastante común. Por ejemplo, menos del 20% de las declaraciones a investigados se llegan a realizar.

De acuerdo con el artículo 330º del NCPP las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables, con el fin de determinar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad. El artículo 336º del mismo cuerpo normativo agrega que, de obtenerse indicios reveladores de la existencia de un delito, el fiscal dispondrá la formalización de la denuncia.

Así, frente a la no existencia de indicios razonables, la decisión de archivo se impone. Sobre el particular, el NCPP reguló las causales de archivo, recayendo en los siguientes aspectos: el hecho denunciado no es delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la Ley (artículo 334º del NCPP).

Una vez archivada la denuncia por el fiscal, existe la posibilidad de contradecir la decisión fiscal mediante la interposición de recurso de elevación de actuados. El denunciante tiene un plazo de 5 días para solicitarlo e igual cantidad de tiempo tiene el fiscal superior para pronunciarse (artículo 334º del NCPP). Como más adelante se desarrolla, existe un problema de interpretación sobre este plazo que hace que los fiscales apliquen limitativamente un plazo de 3 días para presentar dicho recurso.

Si el fiscal superior confirma la disposición fiscal de archivo, se genera cosa decidida. En principio el NCPP no permite la impugnación de una Disposición de Archivo que haya emitido el Fiscal Superior;[87] sin embargo,

87 No hay posibilidad de recusar la decisión ante el juez, no hay instancias adicionales. La denuncia se cierra y el NCPP asegura que sea así impidiendo la prohibición de nueva denuncia. En efecto, en su artículo 335º, señala expresamente el impedimento a que otro fiscal promueva u ordene que el fiscal inferior promueva una investigación preparatoria

el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sosteniendo:[88] *Respecto a la posibilidad constitucional de controlar los actos expedidos por el Ministerio Público, este Tribunal Constitucional ha destacado que las facultades constitucionales de los actos del Ministerio Público no se legitiman desde la perspectiva constitucional en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona humana, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución (Cfr. Sentencia del Exp. Nº 3379-2010-PA/TC, del 9 de marzo de 2011, F.J. 4).*

*Asimismo, se tiene dicho que la motivación de las resoluciones judiciales salvaguarda al justiciable frente a la arbitrariedad judicial, toda vez que garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso (Cfr. Resolución del Exp. Nº 3943-2006-PA/TC, del 11 de diciembre de 2006, F.J. 4; criterios que, mutatis mutandis, son aplicables a las decisiones y pronunciamientos expedidos por los representantes del Ministerio Público.* De esto podemos argumentar que las decisiones inconstitucionales de todo organismo constitucional, incluido el Ministerio Público, siempre deben estar bajo el control que ejerce el Tribunal Constitucional.

Salvo lo antes señalado, una denuncia queda archivada definitivamente luego de recorrer la doble instancia. Pero hay una excepción, recogida en el mismo artículo 335º. El archivo definitivo se quiebra ante la aparición de nuevos elementos de convicción que obligan al fiscal a reexaminar los actuados.[89] De acuerdo con lo sostenido por los fiscales, esta opción tiene una escasa probabilidad de darse porque los delitos de corrupción no suelen dejar rastros en evidencia documentaria y, de existir éstos, no son accesibles a quienes mayormente denuncian (ciudadanos sin nexo con la administración pública), lo que dificulta enormemente la identificación de nuevos elementos que además causen convicción.

---

contra las mismas personas de la denuncia originaria, el mismo conjunto de hechos y el mismo fundamento.

88 Posición contemplada en la sentencia del Exp. Nº 02445-2011-PA/TC, de 14 de marzo de 2014, y convalidada por los miembros del actual Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. Nº 02265-2013-PA/TC, de 13 de agosto de 2014.

89 Artículo 335.2º del Código Procesal Penal.- [...] en el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno ello designará a otro Fiscal Provincial.

### 1.2. Plazos legales para la investigación preparatoria: modificaciones y discrepancias

A diferencia del antiguo Código Procesal Penal, el nuevo instauró un plazo fijo para la duración de la investigación fiscal. Así, el artículo 342º de la nueva norma señalaba lo siguiente:

> *Artículo 342º del NCPP: 1. El plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. (...)*

La norma otorga a la investigación preparatoria una duración máxima de 180 días para investigaciones simples (120 de plazo simple + 60 de ampliación fiscal por causa justificada). En las investigaciones complejas se establece 8 meses, prorrogables a instancia judicial por 8 meses más (art. 342.2 del NCPP)[90].

Ahora bien, la etapa de la Investigación Preparatoria comprende dos sub-etapas: las diligencias preliminares y la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha[91]. El Código no permite dudar que las diligencias preliminares conforman la etapa de la Investigación Preparatoria porque lo señala expresamente:

> *Artículo 337.2º del NCPP: (...) 2. Las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.*

Por otra parte, el artículo 334.2º del NCPP establecía que las diligencias preliminares debían durar 20 días, o un "plazo distinto" fijado por el fiscal, según las características, circunstancias, y complejidad.

No obstante ello, en la práctica, en los distritos judiciales en los que se encontraba vigente el NCPP, se venían presentando distintas

90 El inciso 2 de este artículo ha sido modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30077, publicada el 20 de agosto de 2013, que entró en vigencia el 1 de julio de 2014. Así, para las investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de 8 meses, pero tratándose de delitos cometidos por organizaciones criminales, el plazo es 36 meses. En ambos casos, la prórroga por igual plazo la concede el Juez de la Investigación Preparatoria.

91 Casación 02-2008-La Libertad, del 3 de junio de 2008, F.J. 7.

interpretaciones respecto a ese "plazo distinto", probablemente como respuesta al cambio en la rutina de trabajo fiscal impuesta por la fijación de plazos para esta etapa de investigación que antes no los tenía.

En respuesta a estas discrepancias, la Corte Suprema interpretó en la Casación 02-2008-La Libertad respecto al plazo distinto o adicional, que si bien la norma no lo previó de manera cuantitativa, no debe ser uno ilimitado y que afecte el plazo razonable. Así, consideró que los plazos para las diligencias preliminares, y el que se concede al fiscal para fijar uno distinto, son diferentes y no estaban incluidos en el plazo de la Investigación Preparatoria, más su prórroga, que corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha. Por ello, la fase de diligencias preliminares no podía ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria[92]. Esta decisión determinó interpretaciones mayores sobre el plazo de las diligencias preliminares.

**Tabla 26**

**Modificaciones a los plazos legales de diligencias preliminares (DP)**

| | **NCPP** | **Casación 02-2008-La Libertad** | **Casación 318-2011-Lima** | **Ley Nº 30076** | **Casación 144-2012-Áncash** |
|---|---|---|---|---|---|
| **Año** | 2004 | 2008 | 2011 | 2013 | 2014 |
| ¿Diligencias preliminares incluidas en investigación preparatoria? | Sí | No; cuentan por separado | No; cuentan por separado | - | - |
| **Diligencias preliminares** | | | | | |
| Plazo | 20 días | 20 días | 20 días | 60 días | 60 días |
| Plazo máximo: complejidad | Plazo razonable | **Plazo máximo de IP*** (razonabilidad y proporcionalidad) | **120 días** | - | 8 meses |

**Nota:** La modificación del plazo de las diligencias preliminares según la Ley Nº 30076 no altera los plazos legales en tanto con el NCPP este plazo está incluido dentro de los 120 de las diligencias preliminares, y en tanto es menor que los plazos interpretados en cada una de las casaciones.

92 Casación 02-2008- La Libertad, del 3 de junio de 2008, F.J. 11 y 12.

*Este "plazo máximo de IP" se interpretó en 4 sentidos: 120 días (no mayor al plazo de IP, casos comunes), 180 días (no mayor al plazo de IP, casos comunes + prórroga 60 días), 8 meses (no mayor al plazo de IP, casos complejos), y 16 meses (no mayor al plazo de la IP, casos complejos + prórroga 8 meses). Res. 02 del 05.09.2011 (Exp. 100-2011-1). Sala Penal de Apelaciones de Lima.

**Fuentes**: NCPP, Casación 02-2008-La Libertad (3 de junio, 2008), Casación 318-2011-Lima (22 de noviembre, 2012), Ley Nº 30076 (publicada 19 de agosto, 2013), Casación 144-2012-Áncash (publicada 16 de mayo, 2014).

Elaboración propia.

Así, en un primer momento, el *"plazo máximo de investigación preparatoria"* considerado fue el plazo de los 120 días (de la investigación preparatoria propiamente dicha) más los 60 que el fiscal podría prorrogar solo por causas justificadas. Por ende, los 20 días de diligencias preliminares o el plazo distinto que tiene el fiscal (aquel fijado según las características, complejidad y circunstancias) no están incluidos dentro de los 120 prorrogables por 60 más.

Sin embargo, ese "*plazo máximo de investigación preparatoria*", también podía interpretarse solo en los 120 días (de la investigación preparatoria propiamente dicha).

Al existir distintos sentidos interpretativos, en un segundo momento, la Corte Suprema se pronunció en la Casación 318-2011-Lima, en el sentido de que en la Casación anterior (02-2008-La Libertad), no se había precisado la distinción de plazos en los casos denominados complejos, por lo que resultaba innecesaria la distinción de plazos ordinarios y complejos en las diligencias preliminares. Así, conforme a lo establecido en la Casación anterior, el plazo debía entenderse de 20 días y con un máximo de 120 días (en total).

Un tercer momento se dio con la promulgación, el 19 de agosto del 2013, de la Ley Nº 30076, que modificó una serie de artículos del NCPP bajo el objetivo de combatir la inseguridad ciudadana. La norma amplió de 20 a 60 días el plazo de las diligencias preliminares (plazo que puede ser extendido por el fiscal según las características, complejidad y circunstancias) y a 36 meses (prorrogables por otros 36) la duración de las investigaciones preparatorias complejas contra organizaciones criminales.

El último momento en este historial de cambios, se da con la Casación 144-2012-Áncash publicada el 16 de mayo de 2014, que estableció que, tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de 8 meses.

Actualmente, la nueva norma permite que las diligencias preliminares duren 60 días -con un plazo máximo para investigaciones complejas de 8 meses- mientras que la jurisprudencia ha considerado que ese plazo es uno distinto del de la Investigación Preparatoria propiamente dicha, con lo cual, una vez formalizada la investigación el fiscal dispondría, en el caso de investigaciones simples, de 120 días prorrogables por 60 más, sin considerar el plazo de las diligencias preliminares iniciales. Concluido este plazo, el fiscal tiene que decidir si solicita el sobreseimiento o si formula acusación. Asimismo, tiene todo el tiempo de las diligencias preliminares para decidir si archiva el caso sin necesidad de someter su decisión a control jurisdiccional.

Al margen de la duración de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha, lo que debe primar es el criterio de un plazo razonable para la investigación en sede fiscal. Si la investigación se prolonga es por la necesidad de investigar mejor y de recabar la documentación necesaria. Así, plazo razonable y causa probable son dos criterios que todo fiscal debe evaluar. El Tribunal Constitucional ha determinado algunos criterios al respecto:

> *"Precisamente el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: que exista una causa probable y una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal"* (STC del Exp. Nº 5228-2006-PHC/TC, 15 de febrero de 2007).

Aunque esta sentencia ha sido aludida por la Casación 144-2012-Áncash, y es citada con cierta frecuencia por los fiscales en sus disposiciones de archivo, en términos objetivos, da poca o ninguna pauta técnica para establecer la causa probable o el tiempo máximo que se puede investigar. En este caso, más que la falta de lineamientos de política hay variedad y discrepancia entre ellos, pero a todas luces no cumplen con su función: establecer y unificar parámetros guía suficientes para los fiscales.

### 1.3. Generalidad en los lineamientos de política que inciden en la investigación

El análisis de carpetas fiscales evidenció importantes problemas en el desarrollo de la investigación: escaso uso de la citación "de grado o fuerza"

(o de la programación de doble fecha de citación) para reducir la alta tasa de declaraciones programadas y no realizadas; formulación poco óptima de preguntas para los interrogatorios; uso de canales más burocráticos y menos eficientes para la obtención de información; el bajo porcentaje de pericias ordenadas en las que se encuentran indicios de la comisión de un delito; o, en general, la construcción de la decisión de archivo de una denuncia.

Estos problemas podrían superarse si el Ministerio Público contara con documentos oficiales que establezcan los pasos precisos a seguir para que sus fiscales desarrollen sus labores de investigación en casos concretos. Aunque sí cuenta con un manual de investigación, este lineamiento de política es, según refieren los mismos fiscales entrevistados en cada distrito fiscal, general y no sirve más que para algunos delitos puntuales generalmente no complejos, entre los que no se encuentran los de peculado y colusión.

La carencia que se resalta no se dirige a criticar las reglas procesales ya establecidas en el NCPP. Se hace referencia directa a la ausencia de protocolos de actuación fiscal como forma de regulación y organización. Actualmente sin protocolos, el balance de la actuación de los fiscales encuentra dificultades para establecer una adecuada conexión entre las reglas procesales, los objetivos de la investigación, la unidad y coherencia de la actuación fiscal y la eficacia de la política de persecución de la corrupción.

> *"Yo llegué y cada quien trabajaba como podía. Pucha diablo, dije que no podía seguir así.* [Ahora] *Incluso tengo protocolos de cómo debo investigar. Creo que los demás no lo tienen."* (Fiscal de Lima).

El resultado es que, ante la ausencia de protocolos establecidos como Lineamientos de Política, aparecen espacios alternativos (directivas dictadas por los órganos distritales, reuniones de fiscales coordinadores y controles ejercidos por los fiscales provinciales hacia sus adjuntos) y pautas alternativas no siempre adecuadas (experiencia, rutina, sentido común) que llenan el vacío que deja la carencia de regulación desde las instancias nacionales y distritales en el Ministerio Público.

La importancia de protocolizar algunas actuaciones fiscales resalta paradójicamente con la percepción de su necesidad en los propios fiscales. Mientras que, de un lado, urge la necesidad de protocolizar algunas actuaciones fiscales (sobre todo las más especializadas, complejas, las que

se realizan bajo estándares de calidad discretos así como las que, al margen de su calidad, se realizan en forma dispar entre un fiscal y otro), del otro lado la mayoría de fiscales estiman inviable la uniformización de su trabajo en pasos a aplicar para todos sus casos e incluso para los del mismo tipo penal. El rechazo a la protocolización es una regla informal fuertemente establecida, pero otros fiscales sí la tienen como objetivo siempre y cuando se creen en ellos las capacidades para hacerlo.

> *"Pero para llegar al nivel de protocolo para cada tipo de casos, deberíamos recibir capacitación para cada tipo de casos y recién ahí podríamos tener protocolos de forma más exacta. Tengo un protocolo más genérico."* (Fiscal de Ayacucho).

### 1.3.1. De manuales a protocolos, de directrices a lo operativo

Un manual de investigación fiscal es una herramienta de trabajo para organizar la investigación fiscal a un nivel poco más que básico. Toma en cuenta el acopio de información y cómo debe realizarse, conforme al estándar probatorio, para demostrar la culpabilidad del imputado. Precisa además los aspectos esenciales del plan de investigación, detalla el proceso de formación de la teoría del caso e incluso plantea formatos a emplearse para el recojo y ordenamiento de la información durante la investigación.

El objetivo de los manuales de investigación es brindar estructura a la actuación fiscal. En esa línea, por ejemplo, deben facilitar la identificación, clasificación y priorización de las diligencias preliminares a ser realizadas en el plazo legal previsto. Asimismo, establecen criterios para que los fiscales sepan qué diligencias se pueden realizar, qué tipo de información aportarían y qué utilidad teórica pueden tener para el caso. Son criterios extrapolables a cualquier caso pues lo que busca una guía es la difusión masiva y la interiorización de un esquema universal o programa metodológico entre los fiscales que posteriormente cada uno adapte total o parcialmente a la realidad de su carga de casos.

El fin último de este programa metodológico es establecer una investigación efectiva y razonable que tenga por objetivo persuadir al juez que se le está presentando un caso sancionable penalmente, lo que también implica archivar algunas otras denuncias sin mérito de ser profundizadas. Así, los hechos denunciados, su subsunción en el tipo penal, el sostén en los medios de prueba, la construcción de la teoría del caso y el planteamiento de las diligencias forman parte del plan de investigación que debe ser producido por cada fiscal y gracias al cual determinar el archivo o la formalización de una denuncia.

El manual, como herramienta de organización, no es más que metodología de la investigación y como tal puede ser adaptada a la forma en que se investiga cualquier delito. Con metodología se tiene no solo un caso mejor preparado sino también una mejor preparación para afrontar los argumentos de los distintos involucrados en la investigación y luego en el proceso judicial.

Un manual es, por tanto, una herramienta base importante mas no suficiente. Pierde utilidad en varios escenarios: cuando la investigación se hace sobre delitos de mayor grado de complejidad como los delitos de corrupción de funcionarios; cuando hay diligencias que requieren mayor experiencia para la obtención de información; cuando los hechos denunciados no son fácilmente verificables; cuando los medios de prueba son generados a partir de la lectura de información compleja; cuando es necesaria la coordinación con otros actores para la realización de diligencias; etc.

Frente a un manual de investigación, un protocolo tiene la ventaja de profundizar en aspectos que la guía –justamente para mantener su carácter transversal a la mayoría de delitos– no desarrolla o aborda solo en forma general. Un protocolo tiene, por tanto, un impacto directo sobre la gestión pues establece los pasos o los procedimientos para llevar a cabo una determinada acción en forma eficiente, eficaz, coordinada y uniforme.

Un protocolo reúne un conjunto de mecanismos y procedimientos detallados para actuar en determinadas circunstancias, sugiriendo rutas de acción únicas o alternativas, según el caso, y siempre con miras a la unificación de la actuación. Un protocolo define cuándo y cómo deben realizarse ciertas actuaciones, plantea rutas críticas, recursos necesarios, técnicas de análisis, coordinaciones inter e intra-institucionales, etc. Los protocolos de actuación fiscal deben basarse en principios, en el respeto de derechos fundamentales de los investigados y siempre asegurando la autonomía fiscal. En otras palabras, los protocolos sirven, entonces, para desarrollar y orientar al fiscal sobre cómo debe proceder en casos como los citados en el párrafo anterior.

Los protocolos tienen más sentido cuando se trata de delitos puntuales o similares que comparten características que los hacen investigables bajo una estructura relativamente homogénea pero a la vez flexible a la perspectiva y el enfoque de cada fiscal.

En el Perú hay aún pocas experiencias de protocolos pero el interés parece ser creciente. Además de un grupo de protocolos de coordinación

interinstitucional que el Ministerio de Justicia empezó a trabajar en el 2014, el Ministerio Público cuenta con uno para la atención de víctimas del delito de trata de personas.[93]

La ausencia de regulaciones nacionales no ha impedido que aparezcan iniciativas locales. La Fiscalía de Arequipa publicó 2 protocolos sobre temas sensibles: Protocolo general para la actuación fiscal y policial en delitos contra la libertad personal (secuestro), libertad sexual y búsqueda de personas desaparecidas, y Protocolo para la actuación policial y fiscal en casos de invasiones y usurpaciones.

Otros países han aplicado protocolos a aspectos más relacionados con la investigación. En Argentina, por ejemplo, se aprobó un protocolo para la investigación de severidades, vejaciones, apremios ilegales y torturas. Guatemala y México son otros de los países con experiencias similares.[94] No se ha hallado ninguno, sin embargo, vinculado a delitos de corrupción de funcionarios.

Pero ¿qué tanto puede servir un protocolo para un delito como el de peculado que tiene modalidades distintas? Las diversas modalidades de un delito suelen compartir características similares propias al tipo penal. Divergen en otras características, pero ello no impide que se desarrollen protocolos para abarcar aquellas desviaciones de las modalidades frecuentes. La idea del protocolo es cubrir una cantidad suficiente de modalidades en la medida que representen las denuncias más frecuentes o las más complejas. En otras palabras, por más que una denuncia por peculado o colusión tenga particularidades que la hagan única, siempre hay una estructura común –más concreta que la que brindan los manuales– o alternativas de estructura que puedan ser adaptadas por los fiscales en sus investigaciones.

Es factible aplicar la misma lógica de protocolos especializados a etapas concretas de la investigación como la toma de declaraciones en delitos de

93 Experiencias similares hay en Argentina, Costa Rica y Guatemala siempre enfocadas en la atención de víctimas de delitos graves que atentan contra la dignidad humana (violación sexual y violencia doméstica, por ejemplo) de grupos vulnerables, como mujeres, niños y adolescentes.

94 Ver por ejemplo, en Guatemala: Protocolo interinstitucional para la protección y atención integral de víctimas de trata de personas (Disponible en: http://goo.gl/K7pltX); En México: Protocolo para la atención de la víctima u ofendido del delito (Disponible en: http://goo.gl/v7C5Qt), Protocolo para la investigación de los delitos violencia sexual en agravio de mujeres (Disponible en: http://goo.gl/lMRC9a), Protocolo de investigación de delitos sexuales cometidos contra menores (Disponible en: http://goo.gl/Jq9p92), Protocolo de la cadena de custodia (Disponible en: http://goo.gl/Km4Yyj).

peculado y colusión. Las falencias advertidas al realizar estas diligencias hacen notar que es necesario definir, por ejemplo, aspectos como la priorización y la necesidad de cada declaración, el planteamiento de preguntas para formar prueba indiciaria, la relación de cada pregunta con la teoría del caso a formular, la interrelación de preguntas entre las distintas declaraciones a tomar, el momento oportuno para tomar las declaraciones, entre otros aspectos como el descarte de preguntas poco objetivas y pertinentes, etc.

### 1.3.2. Guías de investigación generales, no conocidas y poco difundidas

La Fiscalía no ha desarrollado protocolos de investigación para delitos de corrupción de funcionarios. Pero sí ha elaborado una guía para la investigación denominada Manual para el desarrollo del Plan de Investigación. Fue aprobado en junio del 2013 por la Fiscalía de la Nación (Resolución Nº 1700-2013-MP-FN). Es una versión revisada de un documento anterior (Manual para el desarrollo del plan de investigación) aprobado 2 años antes, en agosto del 2011 (Resolución Nº 1517-2011-MP-FN).

Lo que ambos documentos plantean es la regulación del trabajo conjunto entre el Ministerio Público y la Policía y, por tanto, se adapta mejor a cierto tipo de delitos donde hay flagrancia, como los cohechos, y donde la capacidad de armar operativos que tienen las unidades policiales es trascendental. Sin embargo, el Manual difícilmente puede adaptarse con facilidad al resto de delitos.

El Manual es un documento interesante y necesario, pero tiene límites en el sentido de lo precisado líneas arriba. No es un protocolo y no se le puede exigir más precisión en tanto su objetivo nunca fue establecer pasos puntuales para las actuaciones fiscales sino:

> *"[...] proporcionar una mejor orientación y organización del trabajo, a través de la utilización de formatos estandarizados, así como utilizar el desarrollo ordenado de los objetivos específicos de la investigación a fin de identificar los actos urgentes, la identificación e individualización de los responsables, el análisis de la estructura del delito, en el aspecto fáctico, jurídico y probatorio; así como la construcción de la teoría probatoria que determinará la existencia del delito como la responsabilidad de los imputados"*

En ciertos puntos, el Manual profundiza aspectos que lo hacen acercarse a un protocolo pero en el balance dista de serlo. Como se señala en el mismo Manual, éste comprende la construcción metodológica de la investigación del delito, el marco conceptual y legal de la investigación y su desarrollo, lo que abarca además la definición de los fines, objetivos, organización, actividades propias de investigación, la formulación de hipótesis, equipo de trabajo, hechos relevantes, estructura jurídica del delitos, elementos de convicción, utilidad probatoria y actividades pendientes de realizar. Los formatos que aporta el Manual están más dirigidos a organizar la información que a establecer el paso a paso para realizar ciertas actuaciones fiscales.

El Manual representa la única iniciativa institucional en su tipo a nivel nacional que el Ministerio Público ha desarrollado bajo el fin de regular la calidad y homogeneidad de la actuación fiscal.[95] Pero no todos los fiscales saben de su existencia y entre quienes sí lo conocen –incluso uno que participó en su elaboración–, no faltan críticas a su utilidad práctica en la investigación de delitos de corrupción de funcionarios.

> *"No hay directivas de investigación. Cada caso es peculiar, cada caso merece una investigación distinta. Las diligencias no son las mismas incluso en casos en los que se investiga el mismo delito."* (Fiscal de Lima).

> *"Tenemos una directiva. En anticorrupción solo hay una directiva que hay con la policía. No, para mí no me sirve. La he leído, pero mejor hago mi propia línea de investigación. Está más que todo para casos de flagrancia. No hay una que diga cómo podemos investigar en casos de colusión y peculado."* (Fiscal de Lima).

> *"Hay directivas pero son genéricas para todo tipo de delitos."* (Fiscal de Áncash).

Otros fiscales critican el "centralismo" del Manual y su incapacidad de beneficiar a realidades distintas que la capitalina. Según ellos, el origen de su elaboración habría creado un sesgo en su elaboración que lo haría más

95 Durante las entrevistas a fiscales realizadas en Junín, se identificó un manual de investigación para delitos de corrupción de funcionarios elaborado por el Programa Umbral de USAID. Ningún otro fiscal mencionó la existencia de este documento. MINISTERIO PÚBLICO. Fiscalía de la Nación, 2011. *Curso de Técnicas de Investigación para Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Material de Capacitación. Lima: Programa Umbral Anticorrupción.

adaptable al tipo de denuncias que reciben las Fiscalías Anticorrupción en Lima, pero no a los delitos de otras regiones donde las modalidades de corrupción del mismo tipo pueden variar en forma importante (en función del tamaño de las entidades involucradas, por ejemplo).

> *"En Lima hay* [manual de investigación]. *Es general, no en función al caso en particular."* (Fiscal de Ayacucho).

Es cierto, por ejemplo, que hay modalidades de peculado que tienen mucha mayor frecuencia fuera de Lima. Son los casos de apropiación de dinero de parte de funcionarios en Unidades de Gestión Educativa Local o de ciertos programas sociales. La crítica del fiscal citado tiene asidero, pero es incorrecta en el extremo de que el Manual no proporciona una buena estructura para la investigación. En todo caso, lo que este fiscal critica es que el Manual no es un protocolo, algo que se ha recogido en otros fiscales que sí conocían la guía. En ese sentido, un fiscal en Lima mencionó que si bien no hay guías a seguir, las pautas que se siguen se asemejan a un conjunto de pasos factibles de ser protocolizados que para ser útiles deberían ser más detallados y establecidos institucionalmente:

> *"No hay ninguna pauta para investigar estos delitos. La pauta que se maneja es que lo primero es revisar el ROF, el MOF y la normativa vigente de la entidad para establecer deberes funcionariales, pero no hay una directiva en ese sentido."* (Fiscal de Lima).

Al margen que algunos fiscales le pidan al Manual ser protocolo, existe otro problema: Su uso como herramienta de inducción y, en términos macro, su institucionalización en el subsistema anticorrupción.

La impresión que queda luego de las entrevistas con los fiscales de Ayacucho, Áncash, Junín y Lima es que los esfuerzos en la elaboración del Manual no han ido de la mano con los esfuerzos de difusión ni con la iniciativa de institucionalizar el Manual que, al margen de su enfoque y debilidades, debe tomarse como documento de referencia para formar a los fiscales antiguos y nuevos en los aspectos elementales de la organización de la investigación.

Como se verá más adelante, no hay procesos de inducción dirigidos a los fiscales nuevos. Este vacío bien podría ser llenado parcialmente con el Manual, pero no es una política aplicada. Los fiscales reclaman mayor acción institucional o, en otras palabras, lineamientos de política que les sirvan de orientación básica y especializada para afrontar mejor sus

investigaciones y consolidar casos que en juicio oral tengan mayores probabilidades de éxito.

> *"No me han dado ninguna guía o lineamiento para manejar los casos básicos de investigación en colusión o peculado, no hay mayor orientación y somos fiscales nuevos."* (Fiscal de Áncash).

### 1.3.3. Otros lineamientos de política formales e informales

La falta de lineamientos de política útiles para organizar las actuaciones fiscales no genera desbalance en la disponibilidad de alternativas de organización. Toda organización es flexible y busca generar sus propias pautas cuando las oficiales no han sido desarrolladas.

Este balance en la disponibilidad de lineamientos de política se entiende mejor si tenemos en cuenta la diferencia que Douglass North hace entre reglas formales e informales.[96] Caracterizar los lineamientos de política que hemos identificado como reglas formales e informales es más que un objetivo académico. Tiene por fin comprenderlas como fenómeno, analizar su funcionamiento e implicancias para el trabajo fiscal y el archivo de denuncias.

Las reglas formales e informales representan las reglas de juego en una sociedad o grupo y sirven para minimizar la incertidumbre sobre cómo hacer las cosas o cómo comportarse. Pero ambas, reglas formales e informales, funcionan en forma distinta y tienen orígenes igualmente diferentes.

Las reglas formales son generalmente establecidas por vía escrita. En varios sentidos puede entenderse que son fijadas sobre la base de un consenso y criterios técnicos. Al ser reglas publicadas y difundidas, generan los incentivos mínimos para que los actores las cumplan.

El NCPP, un manual de investigación así como un protocolo de toma de declaraciones son todos ejemplos pertinentes de reglas formales que los fiscales deben cumplir o seguir. También lo son los acuerdos de los Consejos Distritales de Implementación del NCPP siempre y cuando quede constancia física de ellos y no sean interpretaciones de normas u otros documentos. Los fiscales usualmente se adaptan a estas reglas

96 NORTH, Douglass C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1993.

formales pues han sido previamente validadas, aprobadas y difundidas por las autoridades máximas de la institución.

Las reglas informales, en cambio, no están escritas. Aparecen o interactúan siempre en relación a las reglas formales: En forma complementaria o paralela a éstas, sustituyéndolas o en respuesta a su ausencia. En muchos casos, las reglas informales resultan del proceso de adaptación de los actores para cumplir las reglas formales.

Por ejemplo, la ausencia de protocolos para la investigación fiscal (regla formal) ha hecho que sean los propios fiscales los que creen sus propias formas (reglas informales) de investigar en base a su experiencia, especialización, rutina o sentido común.

> *"Nosotros hemos tratado de generar protocolos de actuación. Yo sé que algunos despachos* [al nivel de las diligencias preliminares] *solo reciben declaraciones"* (Fiscal de Lima).

Otro ejemplo de regla informal es la simulación de juicios orales que periódicamente se hace en el distrito fiscal de Ayacucho. Es una iniciativa local que surge como respuesta ante la falta de espacios institucionales para generar competencias en los fiscales. Igualmente, las decisiones que se toman en las reuniones de coordinación de fiscales coordinadores que derivan de interpretaciones de normas son reglas informales. Ninguna de estas iniciativas sistematiza la información que produce o las decisiones que determina. Además, la vía de transmisión de información suele ser la oral.

Mientras que las reglas formales tienen vinculación directa con el objetivo del texto escrito que las reproduce, las reglas informales se nutren de las características de los grupos y su contexto: costumbres, códigos de conducta y distribución del poder. Los cambios en las reglas formales suelen tener impactos limitados justamente por el peso de las reglas informales que, instaladas sobre estos 3 últimos factores, crean resistencias o por lo menos dificultades para el cambio.

En razón de lo anterior, la creación de un protocolo como regla formal para, por ejemplo, la toma de declaraciones a investigados colisiona con costumbres ya instaladas en cada fiscal que determinan el tipo de preguntas a hacer, el orden en que las hace, la profundidad de cada una de ellas, el momento en que se deben programar las tomas de manifestaciones, etc. En efecto, el protocolo como regla formal compite con esas reglas informales

que, al estar basadas en la rutina y la costumbre de cada fiscal, puede socavar el apego de los fiscales al conjunto de pasos sugeridos para llevar a cabo la toma de declaraciones o en general cualquier otro lineamiento de política.

Tanto las reglas formales como las informales pueden ser institucionalizadas, sea por el peso de su creación en el caso de las primeras, como por el peso de la costumbre en el caso de las segundas. Aunque ambas comparten esta característica, la velocidad del cambio en su regulación no es la misma. Las reglas formales tienen la facilidad de ser cambiadas rápidamente pero las informales, al estar basadas en conductas interiorizadas, tienen cambios lentos que normalmente impiden el cumplimiento total de las reglas formales. El ejemplo del párrafo anterior es también un buen ejemplo de este punto.

La dispersión de reglas formales e informales puede ser un punto positivo en tanto se complementen ahí donde la regulación formal no llegó. Pero el desbalance, a favor de alguna de estas reglas, genera dispersión de criterios, posiciones y formas de actuar. En cierta forma, ello es positivo: Le otorga variedad de criterios al sistema, evita rigidez en las formas de investigar y pueden fomentar el buen uso de la discrecionalidad fiscal.

> *"No hay* [lineamientos de investigación]. *Hay conversaciones de manera interna. Por ejemplo, no todos pero varios del despacho se decantan por el criterio de verificar primero el perjuicio en el delito de colusión investigado."* (Fiscal de Lima).

> *"Un sector de fiscales dice primero hago mi pericia y luego defino si voy por una forma u otra de colusión. Pero otro sector de fiscales es primero buscar indicios de colusión o concertación y recién si se encuentran pruebas de esto fijarse si hubo o no perjuicio. A veces es el caso solo administrativo y se archiva de plano la denuncia."* (Fiscal de Lima).

Pero en otros casos, cuando dicha dispersión obedece a falta de unidad y control sobre la calidad del trabajo fiscal, lo que se tiene es un uso de la discrecionalidad más allá de lo adecuado con altos niveles de variabilidad entre fiscales y entre distritos judiciales. En efecto, uno de los fiscales entrevistados señaló que más que protocolos de investigación habría que buscar soluciones homogéneas a nivel nacional:

> "[...] *se tendría que buscar protocolos de uniformidad de actuación con el NCPP. Cada uno tiene su receta. En Arequipa tiene un criterio, en Trujillo tienen otro. Y eso genera complicaciones."* (Fiscal de Ayacucho).

El trabajo de campo permitió identificar cuatro fuentes desde las que se han dictado reglas que representan en sí mismas lineamientos de política tradicionales (reglas formales) pero también otras que tienen su origen o se nutren de costumbres, códigos de conducta y flujos de poder o, mejor dicho, reglas informales.

i. **Órganos distritales**. Hemos identificado dos fuentes y tres regulaciones o reglas formales con implicancias directas e indirectas para la investigación dadas por órganos al nivel del distrito fiscal. Ninguna de éstas tiene carácter nacional y ninguna cabe dentro de nuestro ámbito de estudio. Los lineamientos de política identificados corresponden a las sedes del Ministerio Público de La Libertad y Huaura, zonas donde se inició la implementación del NCPP y donde parece haberse generado información que continuamente fluye como modelos hacia otros distritos fiscales. Se citan porque en más de una entrevista fueron mencionadas como referentes positivos conocidos mas no aplicados en nuestro ámbito de estudio.

El primer lineamiento de política es un Manual-Convenio para la investigación con el NCPP en aquellos delitos donde la Policía Nacional del Perú también participe. El objetivo fue establecer un marco unificado entre la Fiscalía y la Policía para establecer 3 aspectos: Los principios de relación entre ambas instituciones, el plan común de investigación y formatos aprobados para la realización de diligencias.

El segundo es una circular emitida en julio del 2012 por la Fiscalía Superior de Coordinación del distrito fiscal de Huaura (Oficio Circular Nº 07-2012-MP-FSCORD-Huaura). Su objetivo fue la aplicación de diversas medidas y lineamientos para el trabajo fiscal. Abarcó diversos aspectos de relevancia directa o indirecta para la investigación: necesidad de celeridad en los actos de investigación al conocer la noticia criminal, prioridad de los casos con reos en cárcel, responsabilidad de actualización de estado de casos y remisión de la relación de asuntos pendientes de citación a juicio al fiscal superior, reporte de informes de casos complejos.

El tercero corresponde al distrito fiscal de La Libertad y fue plasmado mediante Directiva Nº 01-2009-MP-FSC-LL aprobada en septiembre del 2009 por la Presidencia de la Junta de Fiscales. Regula la asignación de casos en las fiscalías provinciales penales corporativas, para lo cual se deberá tener en cuenta el grado de

complejidad, la condición del fiscal y su respectiva experiencia.

Pese a que todas estas reglas son formales, tienen registro escrito y han sido aprobadas por autoridades que les dan validez, su radio de impacto ha estado limitado al espacio donde surgieron. Más de un fiscal ha hecho referencia a una u otras de estas regulaciones como parámetros útiles, pero no siempre conociéndolas a fondo.

> *"Acá, todos tenemos protocolos que hemos adaptado de algunas experiencias de Trujillo. Tienen protocolos de actuación. Conoces cuál es el proceso. Si en Trujillo ven extorsión, acá lo tomamos como un cohecho. Pero que usted me diga que está en un papel* [el lineamiento de investigación], *no lo está. Está en esa directiva* [referencia al Manual para el desarrollo del plan de investigación] *pero nunca se ha difundido. Yo la he leído pero no es una guía."* (Fiscal de Lima).

En suma, la producción de lineamientos de política dados por los órganos distritales son reglas institucionalizadas en sólo dos jurisdicciones cuya difusión depende de la autoridad nacional, Fiscalía de la Nación, la que no ha mostrado –a decir de lo manifestado por los fiscales– la iniciativa para universalizar reglas regionales al menos al nivel de la investigación de delitos de corrupción de funcionarios. Así, sin mayor capacidad de institucionalización, terminan sólo como referencias para fiscales de otros distritos fiscales y contribuyen con la organización fragmentada del subsistema anticorrupción donde cada distrito fiscal, junto a las reglas generales, maneja las suyas sin que haya esfuerzos por mejorarlas y compartirlas.

ii. **Reuniones de fiscales coordinadores**. Los lineamientos de política que se generan en este nivel son particulares. A diferencia del anterior, las reuniones de los fiscales coordinadores producen básicamente reglas informales generales, canales de difusión orales y con sesgo hacia casos más complejos.

El primer problema con los lineamientos de política que nacen en esta fuente es su generalidad, lo que se deriva del hecho que son formulados tomando otros lineamientos igualmente generales y que incluso no corresponden con delitos de corrupción de funcionarios.

Así, como productos derivados de otros lineamientos, los acuerdos de las reuniones de fiscales coordinadores crean reglas informales que llenan el vacío de instrucciones específicas sobre cómo investigar. La aparición de reglas informales funciona no como un complemento sino como una necesidad ante la falta de guías sobre cómo proceder con la investigación.

El segundo problema son los medios de institucionalización de estos lineamientos de política. La vía más recurrida es la verbal. No suelen dejar constancia escrita de los acuerdos. Las decisiones tomadas pierden peso y para poder ser transmitidas deben ser generales. Sólo así se garantiza un grado mínimo de difusión pero siempre bajo el riesgo de perder en grado de utilidad. De no ser así, es decir, de ser pautas específicas, existe una alta posibilidad de olvidarlas.

> *"Hay circulares que pasan pero nunca nada oficial, son pactos generales para todo el Código pero para este tipo de delitos no. No nos han dicho ni siquiera cómo echar el reactivo* [a los billetes utilizados para operativos montados de entrega de dinero a funcionarios en casos de cohecho]. *Hemos ido aprendiendo solos."* (Fiscal en Lima).

> *"Sí, de manera genérica se han dado algunos lineamientos con respecto a los delitos de corrupción de funcionarios a nivel de despacho. Son acuerdos grupales y orales, no hay actas."* (Fiscal de Lima).

> *"No tenemos guías especializadas. A nivel del distrito fiscal tratan de hacer reuniones periódicas con los superiores, adjuntos, provinciales para elaborar normas internas basadas en la norma de guía nacional de todos los delitos. Los acuerdos son verbales y se levantan actas. Las actas están en coordinación o en presidencia."* (Fiscal de Áncash).

Los canales de comunicación por los que transitan estos lineamientos de política o reglas informales determinan no solo su grado de cumplimiento, sino también su eficacia y reputación.

> *"Hubo conversatorios. Se trató de hacer eso. Se citó a algunas reuniones. Se dijo en colusión se debe hacer sí o sí* [ciertas diligencias]. *Por delito, nosotros necesitamos hacer unos actos*

> *de investigación que sí o sí deben hacerse. Se intentó hacer. Se conversó hacer pero no se concretó."* (Fiscal de Lima).

Al ser generales, sin difusión suficiente y orales, se crean automáticamente los incentivos para hacer de estos lineamientos de política de investigación poco aplicables en la práctica. Como no suelen constar en actas, se facilita su desuso y, peor aún, compiten con otras fuentes de Lineamentos de Política enraizados en costumbres y prácticas cotidianas que cada fiscal tiene mayor grado de libertad para crear, modificar y aplicar. De ahí que esta fuente produzca Lineamientos de Política que en los fiscales adquieren una reputación de poco prácticas.

Afortunadamente, no siempre suele ser el caso. Hemos registrado declaraciones que apuestan por la bondad de estos espacios, sobre todo cuando están focalizados en temas puntuales y basados en criterios judiciales y legales trasladados a los fiscales en las reuniones de coordinación.

> *"La interconsulta entre los fiscales es el mecanismo principal de guía, lineamiento. Por ejemplo, ha salido una norma hace poco referida a los montos del delito de peculado. Entonces se han reunido y la han discutido. Estas reuniones son súper útiles, los fiscales conversan de sus problemas y hay retroalimentación."* (Fiscal de Lima).

> *"De la Fiscalía superior coordinadora nos paran informando las sentencias dadas por los juzgados, nos comunican las últimas modificaciones legales, los últimos criterios adoptados para resolver tal caso. No hay pautas investigativas o protocolos de investigación"* (Fiscal de Lima).

> *"No la hay, pero a nivel de coordinación siempre hay reuniones donde se facilitan los criterios judiciales y eso ayuda bastante a conocer el pensamiento del juez y diseñar mejores estrategias."* (Fiscal de Lima).

Finalmente, el último problema con las reuniones de fiscales coordinadores como fuente generadora de lineamientos de política de investigación es que tiene un sesgo a plantear guías en casos emblemáticos y en situaciones especialmente problemáticas.

> *"Sí tenemos reuniones cuando hay casos emblemáticos o cuando tenemos turno y hay posibilidad de hacer trabajo en equipo. Nos distribuimos el trabajo, hacemos un plan hormiga y recabamos todos los medios probatorios y obtenemos al toque medios probatorios, y formalizamos en el acto."* (Fiscal de Lima).

Así, más que protocolos o guías de investigación, esta fuente produce pautas menores para aspectos puntuales de la investigación o para abordar casos cuya complejidad exige una planificación operativa *ad hoc* mas no criterios formalizables y aplicables luego a otros casos complejos. Su capacidad de propiciar criterios uniformes es baja. De ahí que se entienda el por qué el registro de pautas de esta fuente sea básicamente el oral y no se la tome como un espacio potencial extraordinario (en términos de institucionalización de acuerdos) para la definición de guías de investigación más profundas y generalizables al trabajo de las Fiscalías Anticorrupción.

iii. **Control de fiscales provinciales hacia sus adjuntos**. Las pautas creadas por esta fuente mantienen puntos en común con la anterior: no producen guías de investigación sino solo pautas para afrontar casos específicos y muchas veces ligados a casos complejos.

> *"Pautas no* [hay]. *Cuando se ve un caso por la complejidad, de manera informal nos reunimos y le damos la orientación* [al fiscal que lo lleva]. *Son reuniones de cada despacho. Las convoca quien tiene dudas, solicita al fiscal la reunión."* (Fiscal de Lima).

Además, estas pautas son creadas en ambientes circunscritos a cada fiscalía y sin conexión ni retroalimentación mayor entre ellas: aparecen en las reuniones de coordinación que los fiscales provinciales mantienen con sus adjuntos para revisar los casos en giro o bien en reuniones para ver casos traídos a consulta por el mismo fiscal provincial.

> *"Hay reuniones periódicas mensuales con el personal* [de mi despacho] *y doy lineamientos sobre la investigación de los casos en trámite."* (Fiscal de Áncash).

> *"El coordinador se reúne periódicamente con sus fiscales para hacer un control del trabajo, de los proyectos y del trabajo. Él*

> *tiene una metodología y siempre pide teoría del caso para todos los casos."* (Fiscal de Ayacucho).

Esta fuente sirve más para la emisión de pautas operativas sobre cómo proceder en el caso específico o en aspectos puntuales del proceso. Además de darse en forma oral, no se sistematizan y se pierde la capacidad de producir patrones de organización que enriquecerían la rutina diaria de investigación de los fiscales.

> *"Hay reuniones con el provincial internas cuando hay juicio oral. Comentan como mejorar que le va a ser útil. Es todo lo que hay."* (Fiscal de Lima).

Como lineamiento de política, esta fuente crea oralmente reglas informales débiles replicables a la escala de cada caso, pero no transversalmente a la cartera de casos e investigaciones de cada fiscal. Sin mayor fuerza unificadora, los criterios para investigar pueden variar entre un caso y otro.

En contraste a las desventajas de cómo funciona esta fuente, su institucionalización está bastante extendida. Es la fuente con mayor fuerza entre las acá analizadas. Es el espacio donde, debido a la cercanía y la jerarquía entre el fiscal provincial y los fiscales provinciales adjuntos, se intercambia la mayor cantidad de criterios y pautas de investigación.

Pero sin ninguna autoridad en la Fiscalía Anticorrupción, en el distrito fiscal o en la Fiscalía de la Nación que ordene, corrija, homogenice y sistematice todos estos acuerdos y pautas tomadas en el nivel relacional más pequeño (fiscal-fiscal), la dispersión de criterios de investigación y de archivo aumenta hasta transformarse peligrosamente en discrecionalidad y arbitrariedad o, en el mejor de los casos, en pautas deficientes de investigación al margen de la calidad del caso archivado.

iv. **Lineamientos atomizados (experiencia, rutina y sentido común)**.Esta fuente agrupa a varias reglas informales de generación de lineamientos de política que comparten una particularidad especial: son determinadas en el nivel más atomizado de la entidad, es decir, por el fiscal mismo. En estricto, son prácticas más que lineamientos.

> *"Acá nosotros tenemos un sistema por coordinación. El coordinador nos designa la denuncia que haya ingresado. Creo que la designación es aleatoria. Entonces empiezo a armar mi teoría del caso. Cuándo, dónde, cómo, a dónde, a quién, quién, y las circunstancias. Lo primero es armar la teoría del caso, para poder ver si tiene futuro o no la investigación posible."* (Fiscal de Junín).

No son lineamientos de política en el sentido de nuestra definición pues se determinan en forma aislada del resto de fiscales y, por tanto, en forma no coordinada y heterogénea. Representan prácticas individuales no compartidas, ni sistematizadas cuya sostenibilidad radica en la permanencia del fiscal en el cargo, en su persistencia con las prácticas o en su continuidad con el enfoque de investigación.

Pese a que sus características alejan a esta fuente de las anteriores, su consideración en estadista obedece a la extensión de su uso y a la importancia para el trabajo de investigación que realiza cada fiscal en el contexto mayor donde los lineamientos de política formales de la propia Fiscalía de la Nación, del distrito fiscal y de las mismas Fiscalías Anticorrupción son escasos, generales, poco homogéneos y con poca capacidad de ser generalizados.

> *"Por delitos no tenemos. Sino es genérico. La Fiscalía tiene. Pero ya cada fiscal arma su estrategia."* (Fiscal de Ayacucho).

Estas características ahondan en la organización fragmentada del subsistema anticorrupción y en cómo muchos aspectos de la investigación, y del consecuente archivo inadecuado, se determinan en los espacios más individualizados donde además existen menos controles de calidad del trabajo fiscal.

Al llegar a las Fiscalías Anticorrupción, los fiscales no reciben inducción. Su capacitación, así como su formación y especialización dependen de los pocos cursos institucionales y del autofinanciamiento. De ahí que una de las fuentes que más le sirve al fiscal promedio sea recurrir a su experiencia previa o acumulada, a la rutina o incluso a su sentido común.

> *"No hay guía. Más que nada es el 'expertise' de todo el fiscal. Tenemos un modo de actuación conjunto que se ha ido creado con experiencia y reuniones que tenemos constantemente."* (Fiscal de Lima).

> *"Me dejo llevar por mi sentido común para investigar, no he recibido nada. No existen protocolos de investigación."* (Fiscal de Lima).

> *"De repente con la propia experiencia* [genero mis guías de investigación]. *Cómo he afrontado un caso de colusión en el 2011 y en el 2013 es diferente. Además con las propias asesorías uno va identificando los puntos claves que uno tiene que manejar. Poco a poco uno va generando ciertas pautas para la investigación, poco a poco va trazándose algún plan referido a algún delitos de colusión."* (Fiscal de Lima).

Muchas de las fuentes atomizadas de lineamientos de política de investigación son positivas y se refuerzan a sí mismas con el tiempo o con la influencia de otras fuentes como las reuniones de coordinación. No es lo ideal, sin embargo, que tengan el peso que los fiscales les asignan en el día a día en la organización de sus investigaciones y la conducción de las diligencias.

Es más preocupante todavía cuando la experiencia que el fiscal emplea obedece a delitos distintos de los de corrupción, como los delitos comunes. En éstos, el modo de organizar la investigación y de armar la teoría del caso es muy distinto. Algunos aspectos influenciados negativamente por ello son la necesidad de solicitar pericias y la definición de sus objetivos, el orden en la realización de las diligencias, la mayor dificultad para formular la teoría del caso en base a prueba indiciaria, entre otros.

> *"Realmente cada persona tiene una manera de enfocar la investigación. Yo por ejemplo tengo la experiencia de la fiscalía común. Siempre hay que leer e investigar, pero el despacho fiscal no ha generado lineamientos para investigar casos de estos tipos."* (Fiscal de Lima).

La falta de Lineamientos para la investigación crea incentivos para que estas reglas informales obtengan un peso gravitante en la labor fiscal. Así, aunque en estricto se trata de prácticas aisladas unas de las otras, en el agregado buena parte del trabajo de las Fiscalías Anticorrupción se sostiene en ellas, lo que las convierte en un factor menos anecdótico y más estructural.

**Tabla 27**

**Fuentes que generan lineamientos de política sobre cómo investigar**

| | Tipo de reglas | Canal de comunicación | Capacidad de generalización a otros casos | Uniformidad de criterios propiciada | Institucionalización |
|---|---|---|---|---|---|
| Órganos distritales | Formales | Escrito | Baja | Media (pero con mayor potencial) | Débil |
| Reuniones de fiscales coordinadores | Informales | Básicamente oral | Baja | Baja | Fuerte |
| Control de fiscales provinciales hacia sus adjuntos | Informales | Oral | Baja | Muy baja | Fuerte |
| Lineamientos atomizados (experiencia, rutina y sentido común) | Informales | Oral (raramente comunicados) | Alta | Media | Alta |

Fuente: Entrevistas a fiscales y documentación diversa.
Elaboración propia.

### 1.3.4. Resistencia a establecer protocolos por el peso de la individualidad del caso y de la investigación

La inexistencia de protocolos de investigación para el subsistema anticorrupción no obedece necesariamente a la falta de interés en organizar el trabajo de investigación. En el origen, el problema es que los fiscales consideran inviable que su labor se reduzca a seguir un conjunto de pasos uniformes aplicables a toda su cartera de casos. El problema está en la exaltación de la individualidad del caso y, a la vez, erróneamente, en la extensión de la individualidad a cómo investigarlo. Todo se resuelve caso por caso, incluso la forma de organizar la investigación. Es un problema cultural que ha derivado en una regla informal (acuerdo no tácito) muy presente en los fiscales que ocasiona que muy pocos entre ellos sean conscientes de la necesidad de protocolizar su actuación.

El tipo de trabajo de los fiscales, tan igual que el de los jueces u otros profesionales que trabajan caso por caso, les induce un sesgo natural que los lleva a pensar en la individualidad de cada caso y su independencia de otros similares. En efecto, cada caso es distinto y abre aristas diferentes incluso para una misma denuncia de peculado y una misma modalidad dentro de este tipo. El sesgo es mucho más fuerte y definido cuando se trata de casos menos uniformes, como los casos complejos.

La gran mayoría de fiscales de las Fiscalías Anticorrupción tienen esta percepción. Sus casos, generalmente complejos y difíciles de homogenizar bajo una estructura uniforme, requieren en consecuencia un tratamiento igualmente único al momento de planificar la organización del caso, priorizar y realizar las diligencias preliminares y formar la teoría del caso.

El efecto inmediato de la exaltación de la individualidad del caso y la consecuente individualización de cómo llevar a cabo su investigación introduce la pérdida de la necesidad de sistematizar, agregar y sobre todo uniformizar.

Así, como bajo esta lógica restrictiva todo caso merece un tratamiento único, lo natural es que en general las diligencias (a priorizar, programar en función de su necesidad y utilidad), la toma de declaraciones (contenido de preguntas, relación entre declaraciones de todos los investigados, etc.), las pericias (decisión de solicitarlas, planteamiento de sus objetivos, etc.), entre otros aspectos de la investigación, difícilmente puedan homogenizarse o convertirse en pautas a repetir para cada futuro caso del mismo tipo penal.

En otras palabras, la necesidad de contar con guías de investigación o, menos aún, de protocolizar la actuación fiscal se convierte no solo en inviable sino en poco práctica para los objetivos de investigar, hallar indicios y finalmente tomar la decisión de formalizar o archivar la denuncia. Así, el caso es a la investigación tanto como la investigación es a su caso.

> *"Nadie tiene una técnica básica* [como guía de investigación]. *Depende de cada caso. No se puede establecer un parámetro."* (Fiscal de Lima).

> *"Ha llegado una pauta sobre elaborar la teoría del caso. Eso lo estamos haciendo al nivel micro, pero esa directiva si no me equivoco es en forma general en todos los delitos. Pero para llegar al nivel de protocolo para cada tipo de casos, deberíamos recibir capacitación para cada tipo de casos y recién ahí podríamos tener protocolos de forma más exacta. Tengo un protocolo más genérico."* (Fiscal de Ayacucho).

Estando convencidos algunos fiscales de la individualidad del caso y de cómo plantear su investigación, la escasa sensación de necesidad de protocolizar la actuación fiscal colisiona con la confusión sobre los alcances de contar con manuales de investigación. En los fiscales entrevistados, la protocolización es imaginada como rígida, poco flexible y por tanto inviable de ser aplicada a la variedad de casos que llevan. Están en lo correcto bajo la lógica que siguen pero no bajo los alcances de lo que debe y no debe regular un protocolo.

En parte, la introducción de pautas puntuales sobre cómo investigar ha sido tomada por algunos fiscales como un riesgo de pérdida de autonomía. La explicación guarda relación con la exacerbación del principio de autonomía a campos que no regula (gestión) y que no debería regular. Hay una confusión entre, de un lado, las facultades del superior y el alcance de las recomendaciones que emiten con motivo de los recursos de elevación de actuados con lo que, de otro lado, ello implica para la formación del criterio fiscal en cada disposición.

> *"Las fiscalías superiores tienen su punto de vista, siempre nos mandan directivas, acá tenemos un coordinador que también se preocupa.* [...] *No nos manda protocolos ni nos puede mandar. Los superiores nos pueden recomendar ciertas pautas, nos pueden hacer una recomendación sutil, porque los provinciales tenemos que tener autonomía, porque los superiores no nos pueden dirigir la investigación."* (Fiscal de Lima).

En sentido opuesto, son pocos los fiscales que reconocen como autocrítica la disparidad de criterios aplicados entre una fiscalía y otra al momento de investigar. La variedad de técnicas de investigación es provechosa pero sólo cuando tiende hacia resultados efectivos y siempre bajo una orientación institucional.

Sin lo último y junto a carencias de capacitación y especialización, la variedad de criterios abre espacio para la discrecionalidad y la desorganización, el cierre de la investigación preparatoria sin haber recabado información suficiente y, por último, la pérdida potencial de calidad de las investigaciones fiscales y el riesgo consiguiente de archivar indebidamente las denuncias.

### 1.4. Prevalencia de la visión individualista del caso por encima de la transversal y general

Los fiscales trabajan caso por caso. Nadie sistematiza patrones ni modalidades de corrupción y menos aún estas tareas forman parte del

proceso de formación de política pública anticorrupción desde el Ministerio Público. Esta brecha ocasiona múltiples problemas rastreables al nivel del archivamiento de denuncias: modalidades de corrupción reiteradas que, salvo excepcionalmente, son abordadas en forma aislada e individual por los fiscales.

Las instituciones basadas en el trabajo caso por caso, tal como el Ministerio Público o incluso el Poder Judicial, tienen la gran ventaja de investigar y resolver controversias particulares con alto nivel de especialización. El enfoque de caso por caso es consubstancial al trabajo de los fiscales. Los fiscales determinan al nivel de casos individuales pautas que obedecen a la persecución del delito así como nuevas formas para identificar y sancionar hechos denunciados. Algunas investigaciones marcan pautas sobre cómo tratar otras investigaciones similares, cómo identificar indicios en medios de prueba, cómo formar la teoría del caso en función a la información disponible, etc. Bajo el esquema jerárquico piramidal del Ministerio Público, son los fiscales de mayor nivel quienes van sentando pautas de interpretación advertidas o no previstas en los niveles inferiores para así también formar la política pública.

En el otro extremo, al nivel institucional, la política pública en materia de persecución del delito debe tener una visión más amplia que, considerando particularidades, sea capaz de englobar en lineamientos de política un conjunto de pautas de relativa generalidad que sirva a los fiscales al investigar una denuncia por corrupción. Estas políticas se alimentan además del trabajo individual de los fiscales, quienes proveen problemáticas, casuísticas, nuevas formas de delitos, etc.

Ambos niveles, fiscales e institución, son –a su manera y en distinta intensidad– fuentes de formación de políticas públicas. Estos dos flujos de formación de políticas públicas son transcendentales en tanto forman parte del engranaje para el buen funcionamiento de la entidad. Es cierto que también podríamos incorporar otras fuentes de formación de política pública (leyes, por ejemplo), pero para efectos del foco de estudio en esta investigación (archivo de denuncias por corrupción de funcionarios) los dos niveles tienen una funcionalidad mayor que merece ser estudiada.

La relación entre el nivel individual e institucional es teórica. No siempre se da en la práctica. En la práctica, hay factores que limitan su conexión. Es el caso del Ministerio Público, donde la conexión entre sus fiscales y los entes de la entidad encargados de brindar lineamientos de política es discreta. La clave de lectura para entender esta débil relación es la interacción entre

un conjunto de principios y aspectos de gestión aplicados al Ministerio Público y las Fiscalías Anticorrupción, y cómo ello incentiva la aparición de puentes informales y atípicos para ligar el trabajo de los fiscales con las políticas públicas.

Son dos los principios que resultan de interés: uno que actúa al nivel del operador (fiscal) y el otro, al nivel de la institución (Ministerio Público). Se trata de los principios de autonomía y de jerarquía. No hay cuestionamiento alguno a éstos. Por el contrario, fundan valores capitales para el correcto desempeño de la Fiscalía en su conjunto y de sus miembros.

No es el planteamiento de los principios de jerarquía y de autonomía el que genera potenciales inconvenientes para la formación de las políticas públicas. Es más bien, cómo estos se han interpretado en la práctica en una forma exacerbada, en el primer caso, y limitada en el segundo.

### 1.4.1. Exacerbación del principio de autonomía

Este principio se regula desde la Ley Orgánica del Ministerio Público. Ésta señala que los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución.

La autonomía de los fiscales es un tema sensible, más aún en sociedades con pasados donde el poder político intervino en ciertos actores y decisiones de la Fiscalía dentro y fuera del marco de las reformas judiciales.

Es natural, por tanto, que más allá de la necesaria defensa del principio de autonomía fiscal haya aparecido una mayor sensibilidad ante posibles intromisiones de poderes ajenos a la conducción legal del Ministerio Público.

Si bien la extensión del principio de autonomía es natural, no lo es así con su extensión indebida o, mejor dicho, su exacerbación. El respeto racional al principio de autonomía y su mayor sensibilidad han abierto espacio para exacerbar la interpretación cotidiana de este principio y con ello extender su defensa más allá del espacio definido por norma y en la discusión jurídica de su contenido.

Una vez exacerbado, el principio de autonomía suele alegarse para relativizar las propuestas orientadas a la mejora en la organización y gestión del despacho fiscal que van más allá de necesidades obvias,

generales y consensuadas como más presupuesto, más despachos fiscales, mejor manejo de la carga procesal y en general mayor apoyo logístico.

La lógica que sigue la exacerbación del principio de autonomía teje una relación muy fuerte entre lo jurisdiccional y la gestión del despacho fiscal. Recordemos que la reforma organizativa de los juzgados implementada durante el gobierno de Fujimori fue criticada por buscar subrepticiamente controlar lo jurisdiccional desde lo administrativo.[97]Aunque no es su tarea central, el fiscal administra sus recursos y herramientas. Eso es gestión, y el fiscal lo hace para sustentar su labor central de investigar bajo plena autonomía. Por tanto, siguiendo esta interpretación, criticar la organización del despacho misma sería una forma indirecta de tratar de influir en cómo los jueces forman sus criterios.

La exacerbación del principio de autonomía conduce a ser menos receptivos frente a las propuestas vinculadas a la organización de las fiscalías y el despacho de cada fiscal. El espacio de acción se recorta si a ello se le suma la falta de visión sobre reforma de los tomadores de decisiones.

Así, la exacerbación y los límites en las capacidades para plantear temas de reforma refuerzan la extensión indebida del principio de autonomía a la administración del despacho, salvo aspectos evidentemente no relacionados con los fiscales. Por ejemplo, el grupo de propuestas que la Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) planteó respecto de la modernización del despacho fiscal incluyó proyectos para tratar aspectos de carga procesal, mejora de los servicios fiscales, capacitación, apoyo logístico y presupuestario, entre otros. Su enfoque fue general y válida la posición que el despacho fiscal es del fiscal, tanto como lo es –en este caso sí correctamente– la formación de su criterio jurisprudencial.

#### 1.4.2. Principio de jerarquía como sujeción y menos como coordinación

El principio de jerarquía (artículo 5º de la Ley Orgánica del Ministerio Público) establece que los fiscales forman parte de un cuerpo jerárquicamente organizado y, como parte de éste, deben sujetarse a las instrucciones impartidas por sus superiores. Es un canal privilegiado para la discusión y la comunicación de criterios jurisdiccionales que alimenten la política pública.

97 HAMMERGREN, Linn. "La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras". En: PÁSARA, Luis (editor). *En busca de una justicia distinta*, Justicia Viva, Lima, 2004.

En esa misma línea, en el caso Chávez Sibina el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 6204-2006-PHC/TC) señaló directamente que existe un vínculo entre el principio de jerarquía y la política pública, el cual debe nutrirse de la coordinación entre los fiscales en lugar de nacer aisladamente de cada fiscal:

> *"En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 5º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se reconoce también un principio de jerarquía, según el cual los Fiscales pertenecen a un cuerpo jerárquicamente organizado y deben sujetarse a las instrucciones que les impartan sus superiores. Tal disposición, si se quiere que sea conforme a la Constitución, sólo se justifica si de lo que se trata es de dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales que establece el artículo 159º de la Constitución. De ahí la necesidad de que se establezcan también relaciones de coordinación conjunta entre los Fiscales de los distintos niveles, en atención a que la política de persecución criminal no puede ser definida por cada fiscal o juez en particular, pues ello corresponde al propio Estado."*

En los distritos judiciales estudiados, el principio de jerarquía se materializa casi exclusivamente en el ejercicio mediato de la sujeción y marginalmente en el afán de coordinación de criterios entre fiscales. En otras palabras, se ejecuta sólo parcialmente si seguimos los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional. De ahí que sea esperable que la política de lucha contra la corrupción tenga problemas en su direccionamiento y conducción al interior del Ministerio Público.

El principio de jerarquía opera en forma fluida en el espacio que más lo favorece: la resolución de los recursos de elevación de actuados interpuestos contra las disposiciones de archivamiento de denuncias. A través de la elevación de actuados se da una relación vertical entre fiscales superiores y provinciales que tampoco está libre de inconvenientes, como se verá más adelante.

Para los efectos de la formación de políticas públicas de lucha contra la corrupción interesa más que nada el segundo punto desarrollado por el Tribunal Constitucional. La función fiscal debe estar basada en la coherencia y la unidad, lo que inhabilita que en el Ministerio Público sean los fiscales los que independientemente creen la política pública; por el contrario, es necesaria la conducción institucional.

Al respecto, la coordinación entre los fiscales es débil, y varía en función del nivel de jerarquía. Suele estar limitada a casos importantes o emblemáticos

al nivel de las Fiscalías Anticorrupción, aunque hay mayor discusión entre los fiscales de una misma fiscalía y más aún entre los del mismo despacho. Pero esta realidad no es homogénea. Como se describió en el capítulo anterior, por ejemplo, en Ayacucho la comunicación parece ser mayor que en Lima, pero ello no siempre implica mejor coordinación de criterios. Desde estos niveles hacia la Fiscalía de la Nación, la coordinación es casi inexistente.

La formación de una política pública contra la corrupción que fluya desde la coordinación entre los fiscales es prácticamente nula. No observamos, a la luz de esta investigación, criterios uniformizados ni orientados hacia pautas homogéneas de interpretación. La coherencia y la unidad en el ejercicio de las funciones constitucionales están mermadas.

Dicho de otra forma, el principio de jerarquía se ejecuta más como forma de sujeción y menos como herramienta de coordinación, influyendo directamente en la desarticulación entre el nivel más desagregado –el fiscal– y el más agregado –el de la Junta de Fiscales al nivel de cada distrito fiscal y la Fiscalía de la Nación–.

### 1.4.3. Gestión poco desarrollada y organización lotizada

Los problemas en la puesta en práctica de los principios de autonomía y de jerarquía se retroalimentan con dos aspectos: gestión y organización.

De un lado, cuando el principio de autonomía se aleja de la posibilidad de asimilar cambios en la forma en que los despachos se organizan, se crean los incentivos negativos para girar la valoración de las capacidades de gestión desde el enfoque tradicional (vinculado a más presupuesto, menos carga, más despachos, etc.) hacia el enfoque no restrictivo e integral. En la práctica, la orientación que sobre estos aspectos brindan la Fiscalía de la Nación, las Juntas de Fiscales, los Comités Distritales de Implementación del NCPP y las propias Fiscalías de Coordinación es bastante limitada.

Las directivas emitidas han estado dirigidas a servicios colaterales a la organización de los despachos con reducido impacto en lo jurídico y en la forma de organizar la investigación. Más allá del Manual de investigación emitido por el Ministerio Público y un documento similar emitido por la Fiscalía de la Libertad, ambos en coordinación con la Policía, no se conocen mayores intentos que repercutan en la mejora de las técnicas de investigación en delitos de corrupción de funcionarios.

Las directivas y resoluciones emitidas tanto por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos así como por la Fiscalía de la Nación y algunas circunscripciones distritales líderes en la implementación del NCPP, y que en esta investigación se han analizado, han abordado temas generales de gestión (necesidad de celeridad, de cumplimiento de metas, casos prioritarios), administrativos (asistencia de personal, asignación de casos en fiscalías provinciales penales corporativas, notificaciones, definición de responsabilidades en actualización de estado de casos, contenido de carpeta de elevación de actuados, etc.), entre otros puntuales relacionados a la cadena de custodia (con un enfoque penal criminal), el tratamiento de casos como violación sexual, secuestro, desaparición forzada, invasión y usurpación. Los pocos temas procedimentales han estado dirigidos a la elaboración del Reglamento de Organización y Funciones y el Manual de Procedimientos. Las pautas desarrolladas para el trabajo de las Fiscalías de Coordinación son generales, perdiendo así en utilidad. Con este insumo el enlace hacia las fiscalías de coordinación se debilita.

Al nivel de las Fiscalías de Coordinación, el esfuerzo por ligar lo jurisdiccional a la gestión es mayor pero está limitado a las capacidades y al liderazgo de quienes las dirigen, características de alta heterogeneidad entre un distrito fiscal y otro, como se verá más adelante. Si hay más iniciativas en este nivel es por la mayor cercanía entre el fiscal y su problemática. En mayor o menor medida, tanto en Lima como en Áncash, Ayacucho y Junín, se trata de coordinar criterios, aunque más que nada sobre casos emblemáticos al nivel de los fiscales provinciales, o en casos simples en el nivel más atomizado de la organización (los integrantes de una fiscalía). La relación con los superiores está bastante limitada. El canal de comunicación por excelencia son los recursos de elevación de actuados, lo que refleja el carácter de sujeción del principio de jerarquía y menos su lado de coordinación para la coherencia y unidad de criterios.

Del otro lado, la concepción de la coordinación como parte del principio de jerarquía se ve fragilizada por la estructura de la organización de las Fiscalías Anticorrupción. Pese a ser un subsistema donde la coordinación está pensada como eje central, son pocos aspectos –y sobre todo poco trascendentales para organizarse y hacer frente a la corrupción– los que se coordinan. La escasa coordinación de criterios para las investigaciones, la falta de colaboración conjunta en las diligencias, y hasta aspectos sencillos como el envío individual (no masivo y frecuente) de solicitudes de información a las entidades públicas, entre otros ejemplos, hacen del subsistema anticorrupción una organización lotizada o fragmentada en espacios individualizados.

La frase "cada juez muere con su caso", apuntada por un fiscal y refraseada por algunos otros, grafica bastante bien la relación, organización y cultura en las Fiscalías Anticorrupción. La medición del trabajo de los fiscales se hace en forma individual, lo que asienta este enfoque sobre el fiscal y no sobre el grupo. Como las partes del subsistema se organizan lotizadamente, los niveles más agregados carecen igualmente de integración en lo administrativo y lo jurisdiccional.

La conexión con las fiscalías de coordinación es variable entre un distrito fiscal y otro, pero tiende a vincularse a temas que no son de fondo. Por el contrario, la relación con los superiores es exclusiva sobre temas de fondo pero es poco lo que se puede coordinar a través de los recursos de elevación de actuados. La relación oficial entre distritos fiscales es escasa y se remite a alguna visita o pasantía, a veces autofinanciada por los mismos fiscales. A la Junta de Fiscales de cada distrito fiscal y a la Fiscalía de la Nación se les atribuye una relación aún más tenue.

En suma, es una organización lotizada que, con matices, funciona en forma desvinculada aunque en el agregado tenga características aparentes de cohesión: las estadísticas se presentan en forma agregada, se habla de un subsistema, tienen la característica teórica de corporativización, funcionan con un coordinador, etc.

Una organización lotizada con dificultades para generar criterios uniformes y coordinados crea fuertes incentivos para convertirse en una organización donde la individualización del caso (denuncia) se exalta por encima de la visión transversal de la problemática detrás de las denuncias.

El trabajo del fiscal es el caso. Cada fiscal tiene una opinión particular a partir de las denuncias que recibe, pero incluso así tienen dificultades para dar el salto a un análisis transversal, respecto a patrones de corrupción identificables, replicables y, por tanto, pasibles de ser abordados en forma distinta.

### 1.5. Consideraciones sobre el Reglamento de funciones de Fiscales Coordinadores[98]

El marco de acción de las Fiscalías Corporativas fue desarrollado en el 2007 por la Fiscalía de la Nación y plasmado en la Resolución Administrativa Nº 242-2007-MP-FN. Este documento aprobó el Reglamento de funciones de los fiscales superiores y provinciales coordinadores del NCPP, regulando –entre otros aspectos– la designación de un fiscal provincial coordinador en cada Fiscalía Corporativa. A diferencia de la anterior regulación, el actual Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo (aprobado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 1735-2014-MP-FN),modifica la conformación del despacho fiscal penal corporativo;[99] otorgándole un papel activo al Fiscal Superior Penal, asignándole –entre otras funciones– la coordinación del Despacho Fiscal.[100] Es decir, regula una organización y funciones basándose en un modelo corporativo de trabajo respetuoso del principio de jerarquía recogido en su Ley Orgánica.[101]

La necesidad del fenecido Reglamento era indiscutible. Logró captar las funciones esenciales que debían estar a cargo de quienes ejercían la coordinación en las Fiscalías Corporativas; abordó en forma general varios temas (funciones de control de despachos, fijación de metas, remisión de

98 La presente investigación se desarrolló durante la vigencia del Reglamento de Funciones de los Fiscales Coordinadores del Código Procesal Penal, aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 242-2007-MP-FN, del 20 de febrero de 2007. Sin embargo, el 9 de mayo de 2014, dicho Reglamento quedó derogado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 1735-2014-MP-FN que aprobó el Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo.

99 El artículo 8º del Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo establece que el Despacho Fiscal Penal Corporativo se encuentra integrado por:
8.1 Fiscal Superior Penal o Mixto
8.2 Fiscal Adjunto Superior
8.3 Fiscal Provincial Penal o Mixto
8.4 Fiscal Adjunto Provincial
8.5 Asistente en Función Fiscal
8.6 Asistente Administrativo

100 De acuerdo al artículo 12º del Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo, los Fiscales Superiores tienen a su cargo la coordinación de una o más Fiscalías Provinciales Penales Corporativas, conforme a los criterios técnicos de distribución previamente establecidos, sin perjuicio de las funciones que le señala la Ley Orgánica del Ministerio Público y demás normatividad vigente (...).

101 Artículo 5º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada mediante Decreto Legislativo Nº 052 del 18 de marzo de 1981.- Autonomía funcional. [...] Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

informes, entre otros); desarrolló con poca extensión otros (distribución de casos y coordinación periódica, por ejemplo); y, dejó de lado algunos más (coordinar la administración de recursos humanos, llevar a cabo programas de inducción para el personal nuevo, precisar las funciones de reporte y control, unificar criterios de investigación entre los fiscales, entre otros) que pudieron contribuir a una mejor eficiencia y eficacia del trabajo de las Fiscalías Anticorrupción.

La delimitación de las funciones de los coordinadores es importante en tanto es uno de los factores que diferencia las Fiscalías Anticorrupción de la organización del antiguo modelo procesal penal. Se entiende que al ser corporativas, las fiscalías están en la necesidad de coordinar no sólo la adecuada provisión de los siempre escasos recursos administrativos y logísticos sino que además se vuelve trascendental poder coordinar lo administrativo con lo jurídico para afrontar con mayor éxito las investigaciones en todas sus etapas.

Bajo esta perspectiva, se identificaron dos problemas en el anterior Reglamento de funciones de las Fiscalías de Coordinación: su generalidad y la débil definición de las funciones de los fiscales coordinadores.

### 1.5.1. Reglamento con funciones generales

Toda reglamentación tiene una intención directa: delimitar lo regulado a un determinado campo de acción y, al hacerlo, excluir aquello que no se debe o puede regular. Una regulación es la adecuada cuando sus objetivos son claros y sobre todo cuando abarca exhaustivamente aquello que el ente regulado debería realizar para cumplir cabalmente su función. Por el contrario, cuando la reglamentación cae en la generalidad corre el riesgo de ser mal aplicada y entendida (se queda corta frente al alcance propuesto o quienes la apliquen lo hacen sin homogeneidad).

El Reglamento de funciones de los fiscales coordinadores del NCPP resultaba general y limitado en términos de las temáticas que potencialmente debería realizar un fiscal coordinador en el marco de un sistema que al ser corporativo implica mayores esfuerzos para generar pautas y criterios administrativos, operativos y jurídicos, coherentes y unificados.

Tanto el Fiscal Superior Coordinador como el Fiscal Provincial Coordinador tienen funciones generales de control y reporte que resultan adecuadas para los fines de seguimiento al trabajo de los fiscales. Sin embargo, al ser mayoría, este tipo de funciones terminaban por darle un énfasis

desbalanceado al funcionamiento de las fiscalías de coordinación: se convertían más unidades de administración en el sentido tradicional de la palabra que unidades de administración con nexo hacia lo jurídico.

Tal como estaba diseñado, el Reglamento hacía de la coordinación un ente administrador tradicional casi por defecto –controlaba, reportaba y administraba personal– muy similar a la figura de administrador de los Módulos Básicos de Justicia que no es asumida por un fiscal o juez sino usualmente por un profesional en administración. De las ocho funciones de los Fiscales Superiores Coordinadores, tres estaban ligadas con aspectos de control y reporte, mientras que otras dos con aspectos de control de personal. El énfasis en el control era más fuerte aún para los fiscales provinciales coordinadores: 5 de sus 7 funciones tenían un objetivo de control y reporte.

En concreto, el Reglamento señalaba que los fiscales superiores coordinadores estaban encargados de controlar los despachos fiscales corporativos para una eficaz y eficiente aplicación del nuevo modelo procesal penal. El paralelo de esta función al nivel de los fiscales provinciales coordinadores recaía en tres funciones: (i) gestionar los despachos fiscales penales corporativos, para una eficaz y eficiente aplicación del nuevo modelo procesal penal, (ii) informar periódicamente de todas las acciones y resultados del funcionamiento de las fiscalías corporativas al fiscal superior coordinador con copia al fiscal superior decano; y, (iii) dar cuenta inmediata al fiscal superior coordinador con copia al fiscal superior decano, del incumplimiento de directivas e instrucciones por parte de los fiscales de los despachos corporativos.

Dentro del objetivo de control y reporte, los fiscales superiores coordinadores tenían una función adicional: provisionar informes periódicos al Equipo Técnico del Ministerio Público sobre el avance de la implementación del NCPP. Nuevamente, es una función esperable en tanto la fiscalía superior coordinadora se vincula con las fiscalías provinciales coordinadoras, en tanto que este coordina con las demás fiscalías provinciales corporativas. Por eso mismo, el fiscal provincial coordinador tenía la función de solicitar la estadística sobre el avance del proceso de implementación del NCPP a los fiscales provinciales para ser entregada al fiscal superior coordinador.

Generalmente, en instituciones donde reportar información tiene un grado de formalidad importante, donde el reporte se convierte en una actividad periódica programada con mínima retroalimentación, la función de control y reporte pierde parte de su sentido en quien la ejecuta. Se convierte en un

ejercicio mecánico con limitado poder de retroalimentación. Es esto lo que pasa con los reportes estadísticos del estado de casos (carga y tiempos) que van desde los coordinadores al nivel provincial hacia los fiscales superiores coordinadores. Son reportes que no se aprovechan más allá de ver cuántos casos y cuántos atrasados tiene cada fiscal en cada etapa de la investigación.

**Tabla 28**

**Funciones de los fiscales superiores coordinadores y de los fiscales provinciales coordinadores**

| Objetivo | Fiscal superior coordinador | Fiscal provincial coordinador |
|---|---|---|
| Control / Reporte | Controlar los despachos fiscales corporativos para una eficaz y eficiente aplicación del nuevo modelo procesal penal. | Informar periódicamente de todas las acciones y resultados del funcionamiento de las Fiscalías Corporativas al fiscal superior coordinador con copia al fiscal superior decano. |
| | Fijar las metas de las Fiscalías Corporativas y supervisar su estricto cumplimiento | Gestionar los despachos fiscales penales corporativos, para una eficaz y eficiente aplicación del nuevo modelo procesal penal. |
| | Remitir informes periódicos al Equipo Técnico del Ministerio Público sobre el avance del proceso de implementación del NCPP que incluya los resultados de la gestión fiscal | Dar cuenta inmediata al fiscal superior coordinador con copia al fiscal superior decano, del incumplimiento de directivas e instrucciones por parte de los fiscales de los despachos corporativos. |
| | | Informar al fiscal superior coordinador y al fiscal superior decano sobre el desarrollo y desenvolvimiento del personal fiscal y administrativo de los despachos fiscales corporativos. |

| | | |
|---|---|---|
| | | Solicitar la estadística a los fiscales provinciales para proporcionarla al fiscal superior coordinador con copia al fiscal superior decano, sobre el avance del proceso de implementación del NCPP; con tal fin, se supervisa la utilización del sistema informático del Ministerio Público. |
| Personal | Proponer al fiscal superior decano, la designación del fiscal provincial coordinador, así como de los integrantes de las Fiscalías Corporativas y del personal administrativo, disponiendo su rotación según las necesidades del servicio | Controlar la asistencia y permanencia de los señores fiscales y personal administrativo en los despachos fiscales corporativos. |
| Administrativo-operativo | Elaborar el rol de turnos de las fiscalías de los despachos corporativos y supervisar su cumplimiento, así como sus requerimientos. | Asignar los casos al fiscal que corresponda y efectuar el seguimiento de los mismos, debiendo conocer los casos más importantes o emblemáticos de acuerdo a su criterio o disposición del fiscal superior coordinador. |
| Coordinación interinstitucional | Realizar acciones de coordinación con el Poder Judicial, Policía Nacional, Defensoría de Oficio y demás operadores del sistema judicial penal, para la adecuada aplicación del NCPP. | |
| Jurídico | Reunirse periódicamente con los Fiscales de los despachos corporativos a fin de establecer criterios de actuación que resulten necesarios para una eficaz y eficiente aplicación del nuevo modelo penal. | |

| | | |
|---|---|---|
| Formativo | Programar y realizar talleres, conferencias y otras actividades académicas en procura de la aplicación del NCPP. | |

Fuente: Resolución Administrativa Nº 242-2007-MP-FN.

El trabajo de cada fiscal no se ve en las frías estadísticas de cuántos casos tiene, sino en la duración promedio de sus investigaciones, el porcentaje de casos en cartera que exceden el plazo legal y el plazo programado para efectuar las diligencias preliminares, la cantidad de diligencias programadas y realizadas, el número de declaraciones efectuadas, frustradas y reprogramadas, las pericias ordenadas y realizadas, la cantidad de solicitudes de información enviadas a las entidades públicas y respondidas, la solicitud de apoyo a la Dirección contra la Corrupción de la Policía, la cantidad de operativos realizados, entre otros aspectos incluyendo las técnicas especiales de investigación como levantamiento del secreto de telecomunicaciones, bancario u otros, incautaciones, constituciones, etc.

El Reglamento optó por ser general sobre qué reportar. Es una opción válida pero que se enfrenta a la falta de criterio sobre qué información pedir y cómo usarla. La formación en Derecho normalmente crea profesionales con capacidades limitadas para aprehender la potencialidad del uso de estadísticas para, por ejemplo, medir con indicadores el desempeño laboral. De ahí que el Sistema de Gestión Fiscal, sistema informático que produce toda la información estadística en el Ministerio Público, tenga aun en su nueva versión carencias en la producción de reportes automatizados y el acceso a la base de datos para un análisis estadístico más profundo. Así, si no hay demanda por información estadística más detallada y fina en los fiscales coordinadores, en el Equipo de Implementación del NCPP y en otras instancias, la oferta no se acomodará. En todo caso, estas herramientas informáticas no son más que ello y por tanto son modificables a demanda de las necesidades de quien debe controlar y reportar.

La administración del personal era el segundo objetivo con más funciones dentro del rol de coordinador, según lo previsto en el Reglamento recientemente derogado. Mientras que el fiscal superior coordinador debía designar a los coordinadores al nivel provincial y rotar al personal de creerlo necesario, el fiscal provincial coordinador debía controlar la asistencia y permanencia del personal. Nótese que esta última tarea no fue asignada a

los fiscales superiores coordinadores. Por lo menos, al nivel de las fiscalías provinciales, es el órgano de Control Interno del Ministerio Público el que realiza igualmente funciones de supervisión del cumplimiento de plazos en los procesos así como la asistencia y permanencia del personal. Se considera que no se trata de superposición de funciones sino de la acumulación innecesaria de capas de control que consumen el principal recurso escaso (tiempo) en las Fiscalías Anticorrupción.

El coordinador de cada Fiscalía Anticorrupción está a cargo de una función adicional que, además, es la única con conexión –aunque muy débil– con lo jurídico. Hacemos alusión a la asignación de casos a los fiscales, reservando para él o ella misma el conocimiento de los más importantes o emblemáticos.

La importancia de la distribución de los casos contrasta con la forma en que fue regulada en el Reglamento. Lineamientos de política adecuadamente planteados para la distribución de denuncias permiten la distribución equitativa de la carga entre cada fiscal evitando así que algunos concentren casos más complejos mientras que otros reciban continuamente casos más simples. Permiten, asimismo, regular la productividad de cada fiscal ya que se controla la cantidad de denuncia que cada uno recibe y hasta permiten fomentar la especialización de algunos fiscales en ciertas denuncias, discusión esta última que tiene posiciones encontradas entre los fiscales de las Fiscalías Anticorrupción.

Tal como estaba planteado el Reglamento, no había orientación general ni específica sobre cómo distribuir los casos entre fiscales. Los criterios para la distribución quedaban en manos de los propios coordinadores. Así, la generalidad del Reglamento terminaba en discrecionalidad. Intrínsecamente, no había una valoración negativa frente al hecho que cada coordinador aplique sus propios criterios. El problema es que, sin mayores herramientas para determinar técnicamente tales criterios, la carencia de lineamientos de política había llevado a prácticas dispares, criticadas, poco técnicas y hasta poco transparentes en la repartición de casos entre los fiscales. Consecuencia de ello es, por ejemplo, que las formas de distribuir casos varíen entre un distrito fiscal y otro, e incluso entre las dos Fiscalías Corporativas en Lima.

Entre el resto de funciones asignadas por el derogado Reglamento a los Fiscales Superiores Coordinadores, encontramos una formativa –limitada a la realización de actividades académicas–, la elaboración y supervisión de turnos de cada Fiscalía, la coordinación interinstitucional y la coordinación

periódica con los fiscales de los despachos corporativos a fin de establecer criterios de actuación que resulten necesarios para una eficaz y eficiente aplicación del nuevo modelo penal. Todas estas son funciones esenciales y el problema no era su generalidad, sino más bien su gestión o, en otras palabras, cómo estos lineamientos de política se llevaron a la práctica.

La figura del coordinador se acercaba más –en el derogado modelo– a la de un administrador que a uno que coordina un conjunto de despachos que deben funcionar como un órgano corporativo. Así, las pautas generales del Reglamento quedaban cortas para la potencialidad de las funciones corporativas que sí deben realizarse: programación coordinada de diligencias, coordinación de pautas de investigación, identificación de patrones de corrupción, unificar criterios de archivo y prueba indiciaria, etc. Esto implica administrar hacia lo jurídico con enfoque en la investigación del delito.

En suma, la orientación general del Reglamento y, como luego se verá, su ejecución, ha ocasionado que la figura de la coordinación tenga un fuerte sesgo hacia elementos básicos de control y reporte que recaen en un fiscal que debería tener más una visión de fondo, transversal y proactiva para unificar lo administrativo a lo jurídico, en vez de concentrarse únicamente en lo primero, además de servir de nexo fluido con las fiscalías superiores. Y en esa visión, el tratamiento de la problemática del archivo de denuncias es un tema prioritario.

La pregunta que naturalmente surge es, entonces, ¿qué tipo de fiscales coordinadores se necesitan y qué funciones deben asumir?

### 1.5.2. Funciones a realizar por los coordinadores

La función de coordinación no es de dedicación exclusiva. A la vez que ejerce la función de coordinador, el fiscal está encargado de un despacho. La acumulación de funciones ocasiona dificultades evidentes para la investigación de su cartera de casos.

Tanto el Reglamento derogado como el actual Manual han acertado en no hacer de un fiscal únicamente un coordinador. La dedicación a tiempo completo para la coordinación trae como consecuencia el cierre de un despacho y la derivación de casos a otros despachos. El asunto, consiste más bien, en definir en qué debe consistir la coordinación. Y esto no lo abordaba el Reglamento, como sí lo hace el actual Manual,[102]aunque al

102 El artículo 12º del Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal

igual que el anterior no se establece explícitamente qué tipo coordinación es la óptima para el nuevo modelo procesal, para el funcionamiento de la corporativización y para la lucha anticorrupción. Lo hace implícitamente y sobredimensiona, como hemos visto arriba, los aspectos de administración elementales.

El esquema corporativo de fiscalías exige que las funciones de la coordinación vayan más allá del campo administrativo. En todo caso, si este enfoque es el que debiera mantenerse (y parece así a la luz del artículo 6º del Manual[103]) lo óptimo debiera aconsejar más bien trasladar estas funciones a un administrador no fiscal de dedicación exclusiva. Sin embargo, no necesariamente parece la mejor opción. La figura del fiscal coordinador es relevante para el nuevo modelo procesal pero también para la investigación de delitos complejos como son los de delitos de corrupción de funcionarios, y esta doble cualidad es inescindible.

Se considera que la reglamentación del funcionamiento de las fiscalías de coordinación debe abarcar 3 campos de coordinación: administrativo, reportes e investigación.

El primero es la coordinación para la administración de recursos. Abarca la administración de personal. El control de asistencia debe ser una tarea

---

Corporativo establece las funciones del Fiscal Superior, entre las que destacan como parte de la coordinación que desempeña el: i) Organizar el trabajo fiscal considerando el nivel jerárquico, complejidad del caso, los tipos delictivos, naturaleza del caso, perfil fiscal, volumen de trabajo, número de casos, la especialidad, el impacto social, entre otros criterios. Por criterios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y atendiendo a los indicadores de gestión, puede disponer dentro del despacho fiscal penal corporativo, con el visto bueno del Presidente de la Junta de Fiscales Superiores, la rotación de fiscales, debiendo justificar expresamente su decisión; ii) Convocar, bajo responsabilidad, a reunión ordinaria, una vez al mes, a los Fiscales de las Fiscalías Penales Corporativas a su cargo, con la finalidad de establecer criterios de actuación que resulten necesarios para una eficaz y eficiente aplicación del modelo procesal penal. Convocará a reuniones extraordinarias por motivo de urgencia o cuando el caso lo requiera; iii) Organizar y supervisar la distribución y asignación de casos que efectuará el Fiscal Provincial Delegado, entre otras.

103 Artículo 6º del Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo.- El Despacho Fiscal Penal Corporativo se sustenta en los siguientes principios:

6.1 *Trabajo corporativo.* El trabajo del despacho fiscal se sustenta en cuatro ejes centrales: el trabajo en equipo; la articulación sistemática de unidades orgánicas fiscales y administrativas; las relaciones de subordinación y coordinación; y, los niveles de monitoreo, control y seguimiento.

6.2 *Fin común y trabajo en equipo.* Todos los fiscales y el personal administrativo son responsables del cumplimiento de las metas del despacho fiscal; trabajan en forma sinérgica para lograr la solución de los casos en forma rápida y eficiente (...)

menor y automatizada pero que, idealmente, debe ser trasladada a la unidad de administración del subsistema y deje de ser una función del fiscal coordinador.

El segundo campo de coordinación es el de control y reporte. Incluye las siguientes funciones (contempladas en el derogado Reglamento): informes periódicos sobre desempeño y personal, solicitud de estadísticas, además de las generales como gestionar los despachos adecuadamente y dar cuenta a los superiores del incumplimiento de las directivas. Para su aprovechamiento, estas funciones deben ser precisadas en su contenido y extensión con miras a que generen información útil, aprovechable y en forma oportuna para la toma de decisiones en cada fiscalía, en cada fiscalía corporativa y en cada distrito fiscal. Esto se logra determinando en el mismo Reglamento un conjunto de reportes específicos a generar cada cierto tiempo, reportes estadísticos más profundos y orientados a las necesidades de la toma de decisiones.

El tercer campo fue el más descuidado en el Reglamento y representa, a la vez, el que debe recibir la mayor importancia en su reforma. Es la coordinación para la investigación. El Fiscal Coordinador representa la figura por excelencia para facilitar el establecimiento y la unificación de criterios comunes en las investigaciones pero también la programación estratégica de diligencias.

La escasez de movilidad muchas veces frustra diligencias o hace que se programen con retraso. Cuadrar la necesidad de realización de diligencias con la disponibilidad de personal es algo que deben ver los coordinadores. En la práctica, sólo se halló un distrito fiscal donde recientemente se ha implementado esto (rutas de diligencias). Un esquema similar, corporativo que nace de la coordinación es el del envío de solicitudes de información masivas a ciertas entidades (en lugar hacer envío individuales por cada fiscal) así como el establecimiento de canales de acceso rápido para el acceso a cierta información (SUNAT, OSCE y Registros Públicos, por ejemplo).

La coordinación para el establecimiento de guías mínimas de investigación (cómo investigar, qué diligencias realizar, dónde normalmente se hallan indicios, cómo formar la teoría del caso, etc.) son aspectos adicionales que los fiscales coordinadores deben promover.

Por último, deben estar encargados de identificar y promover las buenas prácticas desarrolladas por los fiscales de su fiscalía corporativa. El

espectro que cubre esta última función es amplio y puede ir desde cómo estructurar una disposición fiscal, pasando por técnicas de toma de declaraciones hasta metodologías para hallar indicios y formulación de planes de investigación.

### 1.6. Consideraciones sobre el rediseño del Despacho Fiscal

En la medida que se tenga un Reglamento con funciones definidas y específicas, opuesto a la orientación del anterior Reglamento,[104] se podrá exigir el cumplimiento de su contenido pero, sobre todo, dotar a la importante figura del fiscal coordinador de funciones con alto nivel de impacto en el desempeño general de las Fiscalías Anticorrupción y por supuesto en la calidad de las denuncias archivadas.

Como se ha señalado líneas arriba, recientemente el Ministerio Público ha incorporado cambios sustanciales en el despacho fiscal acordes con las exigencias del nuevo modelo procesal penal basado en los siguientes factores:

a. La conducción liderada por el Fiscal Superior.

   El actual Manual recoge como una necesidad que el despacho fiscal se encuentre bajo la dirección y el liderazgo del Fiscal Superior, con la finalidad de eliminar la figura del Fiscal Provincial Coordinador. Así dadas las calidades que le otorga su rango será el Fiscal Superior quien –entre otras funciones- organizará el trabajo fiscal y velará por el cumplimiento de las metas de su Despacho Penal Corporativo. Con ello, se evitará aquellos conflictos internos que se presentaban entre el Fiscal Provincial Coordinador y los Fiscales Provinciales, fundados en la prevalencia del mismo nivel jerárquico que ambos ostentan y debido a la cuestionada distribución de la carga de trabajo.

104 La Décima Disposición Transitoria, Complementaria y Final del Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal, aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 1735-2014-MP-FN derogó la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 242-2007-MP-FN que aprobó el Reglamento de Funciones de los Fiscales Coordinadores del Código Procesal Penal; sin embargo, durante las entrevistas sostenidas con representantes del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal del Ministerio Público se ha tomado conocimiento de que la aplicación del nuevo Manual se encuentra suspendida debido a la adecuación del sistema informático a la organización y funciones que exige la actual regulación. Asimismo, se precisó que concluida la adecuación del sistema informático, la aplicación del presente Manual será de acuerdo a la aprobación del Plan de Implementación del rediseño del despacho fiscal corporativo.

Asimismo, permitirá un mayor involucramiento del Fiscal Superior con el trabajo fiscal, pues ya no sólo intervendrá ante el trámite del recurso de elevación de actuados, muchas veces, sin conocimiento previo del caso; sino que a través de las reuniones ordinarias -una vez al mes- con los fiscales de las Fiscalías Penales Corporativas a su cargo, establecerá los criterios de actuación que resulten necesarios para una eficaz y eficiente aplicación del modelo procesal penal.

b. Incorporación de un sistema de asignación y distribución de casos.

Se ha dejado de lado la asignación y distribución de casos, sin ningún criterio técnico. La generalidad del anterior Reglamento permitía, muchas veces, que los Fiscales Provinciales Coordinadores se despojaran de las investigaciones complejas, asignándose aquellas simples o sencillas; o haciendo prevalecer su jerarquía, los Fiscales Provinciales derivaban, bajo la figura del auxilio, sus casos a los Fiscales Adjuntos, resultando muchas veces –para éstos últimos– la asunción de una doble carga.[105]

El actual Manual dispone que la asignación y distribución de las carpetas fiscales debe responder a criterios técnicos, tales como el nivel jerárquico, la naturaleza y complejidad del caso, los tipos delictivos, el perfil del fiscal, el volumen del trabajo, el número de casos, el impacto social, entre otros aspectos que se enmarquen dentro del principio de la distribución equitativa.

Esta tarea se encontrará a cargo del Fiscal Provincial Delegado,[106] quien será designado por el Fiscal Superior a cargo del despacho fiscal, debiendo ser rotado cada mes entre todos los Fiscales Provinciales que integran del Despacho Fiscal Penal Corporativo.

c. Se restablece la función de apoyo del Fiscal Adjunto Provincial.

Se establecen criterios de asignación y distribución de casos al Fiscal Provincial como responsable directo de la dirección y conducción de las investigaciones, restableciéndose la función de apoyo del Fiscal Adjunto Provincial en el diseño de la estrategia de investigación, juzgamiento y ejecución del proceso penal, conforme a lo normado por la Ley Orgánica del Ministerio Público.[107]

105 YAIPÉN ZAPATA, Víctor. "Nuevo Proceso Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 26, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 225.

106 Artículo 15º del Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo.

107 Artículo 43º de la Ley Orgánica del Ministerio Público.- Auxilio de Fiscales Adjuntos Los Fiscales pueden contar con el auxilio de Fiscales Adjuntos en el ejercicio de sus

d. Se establecen criterios de control y seguimiento del Despacho Fiscal Penal Corporativo.

   Los criterios de control y seguimiento del trabajo fiscal no sólo contemplan el cumplimiento de los plazos legales como se estableció en el Reglamento de Fiscales Superiores y Provinciales Coordinadores, sino que también se incorporan criterios referidos a la supervisión de las acciones dispuestas dentro de la investigación, juzgamiento y ejecución del proceso penal, así como la evaluación de la calidad de las decisiones fiscales.

   Cabe resaltar que el control y seguimiento de la calidad de las decisiones fiscales se llevará a cabo en la reunión mensual ordinaria convocada por el Fiscal Superior; sin embargo, no se desarrollan los criterios que se observará para el cumplimiento de dicho control.

### 1.7. Inexistencia de criterios formales sobre la relevancia jurídica de los casos

En Ayacucho la Fiscalía recibió una denuncia por peculado contra un funcionario de la UGEL de Huamanga porque éste habría empleado la computadora de su centro de labores para funciones distintas a las que exige su trabajo. El fiscal dispuso la apertura del caso,[108] ordenando realizar diligencias preliminares. Una de las acciones dispuestas fue el copiar todos los archivos del disco duro de la computadora, lo que se sumó al informe del área de informática de la misma UGEL, hallándose en este caso, un archivo de texto y algunos archivos de presentaciones. La evidencia obtenida permitió el archivo del caso bajo la justificación de relevancia mínima o de riesgo permitido para el Derecho Penal, pero solo luego de haber practicado las respectivas diligencias.

En Lima, INDECOPI presentó una denuncia de peculado por extensión.[109] Los hechos se originan en la medida cautelar de decomiso interpuesta por este organismo en un proceso por uso indebido de marca de unas ollas, nombrando a un depositario para tales fines. Luego de levantarse la medida cautelar el depositario no devolvió 5 de las 1350 ollas incautadas. Luego de la declaración de cinco testigos, la revisión del expediente y la pericia practicada, entre otras diligencias, se verificó que el perjuicio patrimonial al Estado era menor a 10 nuevos soles.

---

atribuciones cuando las necesidades del cargo lo requieran y según las posibilidades del Pliego Presupuestal correspondiente.

108 Carpeta fiscal Nº 441-2012.

109 Carpeta fiscal Nº 55-2012.

La diferencia entre estos dos casos extremos es evidente y saca a la luz una discusión mayor que no se ha dado explícitamente en el Ministerio Público, pero sobre la cual hay una priorización tácita en las directivas de la institución y un reconocimiento explícito de éstas de parte de los fiscales. Se ha hecho énfasis en la eficacia más no en sus posibles efectos.

La discusión necesita ser reorientada sobre el tipo de política de persecución de actos de corrupción: ¿Se investigan (practican diligencias preliminares) todos los casos o sólo aquellos en los que el perjuicio patrimonial sea relevante?

El esquema procesal del NCPP funciona como un conjunto de filtros que deben ser sorteados solo por casos relevantes o con fuertes indicios de comisión del delito imputado. Si nos concentramos únicamente en la etapa inicial de la investigación preliminar, casos como de relevancia mínima deberían ser archivados liminarmente sin que diligencia alguna se realice pues se estarían desperdiciando recursos que podrían ser mejor empleados en casos de mayor complejidad o simplemente en el resto de casos en los que el fiscal sí realizará actuaciones para identificar indicios suficientes del acto denunciado. Sin embargo, en los delitos contra la Administración Pública, debe valorarse el grado de afectación que sufre la entidad perteneciente a la Administración Pública, ya sea por la actuación del funcionario (peculado, colusión y otros) o el particular (Cohecho), al margen de la cuantía, porque por sí sola no puede servir como criterio para excluir la intervención penal en determinados casos.

En los distritos fiscales estudiados, esta disparidad de criterios evidencia la falta de discusión y definición en el Ministerio Público sobre qué tipo de denuncias deben ser investigadas y cuáles archivadas de plano. En otras palabras, la política de persecución de actos de corrupción no se ha formalizado y queda, por tanto, a discreción total de los fiscales –bajo un esquema aislado, individualizado y anclado a criterios personales no uniformes– qué denuncias no serán archivadas liminarmente.

#### 1.7.1. Priorización de denuncias: su relevancia social y probabilidad de prosperar

Una de las características introducidas en el nuevo modelo procesal penal es el reconocimiento de que el sistema no tiene la capacidad de procesar todas las denuncias que recibe y que, por tanto, surge la necesidad de priorizar. No todas las denuncias son iguales en relevancia. El bien jurídico afectado varía. Hay casos emblemáticos y, en el otro extremo,

casos menores que tienen la capacidad y el derecho a llegar al sistema anticorrupción. Este rasgo no es exclusivo del sistema peruano. Es una característica introducida igualmente en otras reformas procesales penales en América Latina.

La priorización sobre qué denuncias pasan a las siguientes etapas del proceso penal va de la mano con el establecimiento de puntos intermedios en el circuito procesal penal donde una denuncia puede ser archivada o, por el contrario, donde puede terminar con salidas alternativas (principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y terminación anticipada).

En el nuevo modelo procesal penal, la priorización de denuncias va de la mano con la eficiencia buscada. El sistema de justicia debe producir un efecto embudo con las denuncias que recibe, que implique quesean cada vez menos los casos que pasen a la siguiente etapa.

Implícitamente, esta contraposición entre priorización y eficacia plantea que sólo los casos con mayor probabilidad de imponer sanciones no sean archivados y pasen, por tanto, a las siguientes etapas de la investigación fiscal y luego a juicio oral. Es el espíritu del nuevo modelo y así la reconocen explícitamente los fiscales quienes además lo califican de positivo.

El filtro de denuncias con el NCPP es necesario y positivo en un contexto de recursos siempre escasos. Pero al mismo tiempo, los actores encargados de aplicar los archivos y las salidas alternativas necesitan pautas técnicas e institucionalizadas para aplicar el filtro. Si el reconocimiento explícito es que los casos de escasa relevancia jurídica, medida por ejemplo a través del perjuicio patrimonial, no deben prosperar, el Ministerio Público y las Fiscalías Anticorrupción están en la obligación de generar pautas que definan los montos para considerar un caso como investigable en términos de perjuicio patrimonial contra el Estado. Si no se va a seguir un criterio económico para la relevancia de un caso, algunos otros parámetros deben ser determinados institucionalmente.

### 1.7.2. Concepción de eficacia y su efecto

El reconocimiento a la necesidad de priorizar qué casos se investigan va de la mano con la concepción de eficacia que se maneja en el Ministerio Público y ésta, a su vez, con los incentivos que se crean formal e informalmente para mantener el objetivo de eficacia como tal. Así, la eficacia como principio rector incentivaría que las denuncias sean archivadas con limitada reflexión sobre su relevancia en términos de política de persecución del delito.

La eficacia, materializada en el archivo preliminar de denuncias, es positiva. Permite filtrar lo que no debe prosperar en el sistema ya que genera un consumo innecesario de recursos que pueden ser destinados a casos más importantes. El problema se da cuando el peso dado a la eficacia es mayor que el que recibe la calidad del trabajo fiscal.

En diversos documentos, el Ministerio Público da cuenta de la importancia de la eficacia y en menor medida, de la calidad en el trabajo de los fiscales. Estas dos variables son de recurrente mención, por ejemplo, dentro de las funciones de los fiscales superiores coordinadores y los fiscales provinciales coordinadores.

> *"Establecer un sistema de incentivos a la labor fiscal que promueva la eficacia y eficiencia de las investigaciones y que premie el cumplimento de los plazos procesales, procurando agotar las investigaciones en la etapa preliminar, reduciendo al máximo la preparatoria. Asimismo, incentivar la excelencia en el acopio probatorio que permita la pronta y efectiva resolución de causas"*[110]

> *"Otorgar incentivos atendiendo a la cantidad, calidad y resultado de la investigación, siempre y cuando se efectúe durante la investigación preliminar y en un plazo no mayor de 60 días de modo que no requiera utilizar el plazo de la Investigación Preparatoria. En caso de investigaciones complejas, los incentivos se otorgarán si la investigación es eficaz y se realiza en plazo no mayor a 8 meses"*[111]

El balance entre eficacia y calidad parece estar por lo menos mencionado. Pero lo que genera desequilibrio entre estas variables es que, en primer lugar, el lado de la eficacia ha recibido mayores instrumentos y peso en la práctica y, en segundo lugar, se crearon incentivos adicionales (bono fiscal y criterios de vigilancia sobre el cumplimiento de plazos) que estimulaban la eficacia sin contrapesar la calidad.

Los bonos fiscales son bonos de productividad que se entregaron hasta el 2013. Es decir, fueron recompensas económicas por producir más para las estadísticas, lo que en el ámbito fiscal pudo implicar que se cierren más casos al margen de la forma en que se realice (archivo liminar, archivo en

110 MINISTERIO PÚBLICO. Fiscalía de la Nación. *Propuesta del Ministerio Público para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Diseño del Nuevo Sistema de Gestión Fiscal.* Lima, abril 2005, pp. 15 y 16, [en línea], (fecha de visualización el 14 de noviembre de 2014), disponible en: http://portal.mpfn.gob.pe/ncpp/files/7e4cbd_plan.pdf.

111 Ibíd., p. 17.

investigación preliminar, sobreseimiento, salidas alternativas o casos que terminan en juicio oral).

Si tenemos en cuenta que una buena parte de casos se archiva en Áncash, Ayacucho, Junín y Lima y son pocos los que llegan a juicio oral, el bono fiscal creó incentivos para ser más productivo ejerciendo una mayor presión por llevar a cabo las diligencias y probablemente comprometiendo su calidad, si a esto sumamos el corto plazo programado para las diligencias preliminares; es posible por tanto, prever un efecto negativo: mínimos márgenes para la disminución de identificación de indicios relevantes para pasar a la investigación preparatoria y/o de armar acusaciones sólidas.

El principio de la eficacia incentivado por el bono colisiona directamente, desde el punto de vista de un fiscal entrevistado, con el de eficiencia o el adecuado uso de los recursos disponibles (personal, capacidad para realizar diligencias, técnicas de obtención de información, etc.) para archivar o no archivar.

> *"Cuando yo me inicio con el código al inicio en el 2007, vino justamente un grupo de personas de Chile. El indicador era caso resuelto. Y ¿qué nos quería decir con eso?: Caso archivado. Si tú lo archivas en un caso, es nivel de eficiencia. En el Ranking de productividad ¿quién se llevó el nivel de eficiencia? La 3ra Fiscalía Corporativa, porque quienes vinimos de Trujillo, vinimos con esa orientación. Ganamos el bono de productividad, pero porque fuimos eficaces, no eficientes."* (Fiscal de Lima).

En cierto modo, para efectos comparativos, La Libertad sigue siendo un referente de aplicación del NCPP al haber sido el primer lugar donde se implementó el modelo. Este caso grafica bastante bien cómo las pautas institucionales se crean como paradigmas interiorizados sin mucha capacidad autocrítica y sin ponderar posibles efectos colaterales. Así, archivamiento es productividad sin importar mucho de qué caso, relevante o no, se trate.

En este esquema, la probabilidad de cometer errores al archivar denuncias potencialmente aumenta. Archivar un caso en el plazo previsto por la norma está correlacionado con la cantidad de información que los fiscales puedan recabar. Como se verá más adelante, la proporción de archivos inadecuados cuyas pericias se elaboraron con información incompleta o parcial (56%) es más del doble de la proporción en los archivos no cuestionados (24%).

La forma en que han sido abordados los criterios de eficacia y calidad desde el Ministerio Público no ha contribuido a formar pautas institucionales que permitan a los fiscales discriminar los casos relevantes de los no relevantes y darles a estos últimos una salida rápida (archivo liminar) del sistema.

En su remplazo, han sido los fiscales en forma aislada, individual y sobre la base de reglas informales y personales no uniformes los que han aplicado el filtro entre denuncias relevantes y no relevantes para ser vistas por el sistema penal. El resultado es una variedad de criterios para valorar un caso que, además de no estar documentados, muchas veces son fijados en forma implícita, poco reflexiva y siempre en canales no institucionales.

### 1.7.3. Resolución de los recursos de elevación de actuados y su efecto

Es difícil pensar que los propios fiscales decidan practicar diligencias preliminares para todas las denuncias que le son asignadas, porque sería una práctica en apariencia contraproducente en tanto eleva su carga, con casos irrelevantes que bajo un debido análisis difícilmente llegarían a juicio oral. Por ello, el fiscal deberá plantear un plan de investigación y cursar una serie de oficios para solicitar información a las entidades involucradas o incluso constituirse en casos donde amerite investigación.

Aunque se reconocen otros puntos de la investigación fiscal donde se aprecian criterios distintos sobre qué tipo de denuncias deben ser investigadas y cuáles archivadas de plano. La política de persecución del delito no nace exclusivamente como resultado de los siguientes factores antes desarrollados: la priorización tácita de denuncias, su reconocimiento explícito en los fiscales y el efecto de la eficacia sobre la selección de casos que reciben diligencias preliminares. En otras palabras, no todo está en la falta de regulación desde la Fiscalía de la Nación y las prácticas que aislada e individualmente realizan los fiscales aplicando reglas informales no compartidas.

Pues parte importante de la responsabilidad al establecer sobre qué casos se practican diligencias preliminares también está en las fiscalías superiores y en los criterios que determinan al resolver los recursos de elevación de actuados. Los fiscales de cada distrito fiscal reconocen que las Fiscalías Superiores ordenan la realización de diligencias en los recursos de elevación de actuados sobre archivos liminares. En nuestra muestra, se identificó seis archivos liminares contra los que se interpuso recurso de elevación de actuados, de los cuales en dos el fiscal superior ordenó la

realización de diligencias adicionales. Aunque son pocos pero están mejor sustentados en las entrevistas a fiscales.

> *"La* [Fiscalía] *Superior ordena investigar si es que archivamos de plano. Hay mucha gente que viene al sistema sin conocer, y con ello pretende cosas que no conoce, resultados o trámites que no conoce. Eso causa un gran problema a todos porque eso en vez de mejorar los tiempos nos hace trabajar en vano."* (Fiscal de Junín)

> *"Vino un adjunto y me dijo que cuando viene el superior tenemos que tomar declaraciones antes de archivar. Hay una falta de direccionamiento en los que es la investigación."* (Fiscal de Lima)

> *"Por lo general, se apertura diligencias preliminares, salvo que la denuncia no sea contundente, pero para agotar se hace necesario la investigación preliminar."* (Fiscal de Áncash)

Con este tipo de decisiones, sin proponérselo las fiscalías superiores estarían creando precedentes informales que regulan el archivo liminar. De ahí que, el mensaje que podría extraerse sería: no se debe archivar denuncias sin diligencias preliminares.

En Lima, según refiere un fiscal entrevistado, ya se habría tomado medidas desde las fiscalías superiores para evitar que la elevación del recurso de elevación de actuados resulte en la ampliación de diligencias que previsiblemente no modificarán el sentido de la decisión de archivo original. Pero no todos los fiscales de esta jurisdicción están de acuerdo si se tiene en cuenta que en las fiscalías superiores "[...] se ordena que se siga investigando cuando el caso claramente no tiene futuro, ocasionando congestionamiento innecesario", tal como apuntó un fiscal. En el resto de distritos fiscales no se recogió ninguna impresión de cambio en este sentido.

Si se analiza este aspecto desde la óptica de los fiscales provinciales, la posición adoptada por las fiscalías superiores crea una problemática mayor, pues los recursos de elevación de actuados carecen de motivación sobre por qué deben realizarse diligencias adicionales. La importancia del principio de jerarquía en el Ministerio Público hace que este tipo de órdenes se acaten aun cuando la realización de las diligencias adicionales no brinde mayor información.

El principio de jerarquía, tomado en su extremo de sujeción, y la insuficiente motivación de las disposiciones que resuelven los recursos de elevación de

actuados abren paso a un problema adicional, al no contar con mayores líneas de interpretación de las disposiciones de sus superiores, los fiscales provinciales terminan aplicando mecánicamente la regla informalmente creada y extendiéndola innecesaria e indebidamente a investigaciones donde es aún menos razonable aplicarla. Por eso, la disposición de archivo, luego de quejada y de extendida en sus diligencias, es nuevamente archivada.

Así, la vaguedad de las disposiciones dadas por los superiores al resolver los recursos de elevación de actuados incide en que los fiscales tengan dificultad para discriminar cuándo archivar liminarmente una denuncia. La falta de criterio es compartida con el superior. Finalmente, se configura un esquema mecánico en el que algunos fiscales optan por no archivar liminarmente ciertas denuncias donde existe riesgo de elevar lo actuado al superior y de corrección de parte del superior. Ello puede elevar la carga procesal de los fiscales y dificultar enormemente la formación de una política pública en el Ministerio Público que sepa discriminar qué casos son relevantes para que el Estado invierta recursos en su investigación.

El resultado es un sistema mixto por defecto. La falta de unidad y definición institucional sobre cómo y cuándo identificar casos de escasa importancia para darles una salida rápida y temprana convierte a la etapa de investigación fiscal en un filtro en ocasiones más estricto y en otras más laxo al archivar las denuncias que recibe en etapa preliminar.

### 1.8. Discreta política de generación de competencias y manejo de recursos humanos

Las capacidades de los actores vinculados al nuevo modelo representaron –representan aún– uno de los retos y dificultades más importantes para la adecuada aplicación del NCPP. La lógica de la oralidad implica la adaptación y el cambio de las rutinas antiguas así como la instauración de nuevas formas de trabajo. Implica además acoplar a todo el equipo de cada fiscalía, incluyendo a los asistentes en función fiscal, al esquema procesal y técnicas de investigación necesarias para la complejidad de los delitos de corrupción de funcionarios.

El desarrollo de competencias en las Fiscalías Anticorrupción es uno de los aspectos más débiles entre los lineamientos de política analizados. En general, es un problema transversal a muchas otras especialidades del Ministerio Público y del sector justicia. Por ello no deja de ser paradójico que en este tema tan crucial, como la lucha anticorrupción, los fiscales –poco capacitados– se enfrenten a defensores públicos –usualmente más

capacitados al momento del juicio oral– defendiendo a investigados por corrupción. De alguna manera, esta problemática es regulada por el nuevo Manual de Organización y Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo, en la cual se reconoce el apoyo que deben brindar los Asistentes en Función Fiscal y Asistentes Administrativos al trabajo fiscal,[112] así como la necesidad en capacitar a los miembros del Despacho Fiscal Penal Corporativo, en atención a sus necesidades.[113]

### 1.8.1. Capacitación: poca formación y especialización

La política de generación de competencias requiere el desarrollo de tres capas: capacitación (en temas generales y base), formación (capacitaciones modulares continuas y bajo objetivos precisos y prácticos ligados directamente al trabajo fiscal) y especialización (profundización en técnicas para el trabajo fiscal al nivel de investigación, operativo, gestión y jurídico). En el balance, sólo se ha avanzado en la primera capa pero con continuidad limitada en el tiempo, en forma centralizada en Lima y sin un carácter inclusivo a todos los operadores del subsistema (focalización en fiscales).

La capacitación representa una primera capa de necesidades de capacitación que ha sido parcialmente cubierta en el caso de las Fiscalías Anticorrupción. La rutina diaria ha influenciado positivamente en la adaptación de los fiscales al nuevo modelo procesal. Pese a ello, en todos los distritos fiscales analizados, los mismos fiscales reconocen grandes dificultades en las etapas iniciales de la implementación del NCPP.

En las Fiscalías Anticorrupción la preocupación ya no recae tanto en esta primera capa de necesidades de capacitación. La necesidad de manejar mejor los aspectos procesales ha estado opacada por una necesidad mayor de fortalecer la segunda y tercera capas de formación y especialización:

112 Artículo 20º del Manual de Organización y Funciones del Despacho Penal Corporativo.

113 Artículo 12.17º del Manual de Organización y Funciones del Despacho Penal Corporativo.- Son funciones del Fiscal Superior (...) Proponer al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores, la capacitación continua con la finalidad de lograr la correcta aplicación del Código Procesal Penal. Asimismo en el artículo 81.5º se establece como una de las funciones de la Secretaría Técnica del Código Procesal Penal, el proponer al Fiscal de la Nación, en coordinación con la Escuela del Ministerio Público, programas de capacitación, inducción y entrenamiento para los fiscales, que tengan como objetivo mejorar su desempeño en la aplicación del Código Procesal Penal y en el manejo eficiente del Despacho Fiscal Penal Corporativo. Incluso, en la Quinta Disposición Transitoria, Complementaria y Final se aprueba que la Escuela del Ministerio Público en coordinación con la Secretaría Técnica elaborarán y ejecutarán un programa de capacitación sobre el sistema de gestión fiscal.

Cómo investigar las denuncias por corrupción en armonía con el desarrollo de la teoría del caso, la prueba indiciaria, el manejo de ciertas diligencias y el respeto de los derechos fundamentales de los investigados. A diferencia de la primera capa, estas son necesidades vigentes cubiertas parcialmente, lo que acarrea problemas para el funcionamiento de las Fiscalías Anticorrupción y riesgos que inciden en la calidad de los archivos y de las denuncias formalizadas.

Uno de los principales obstáculos es el limitado conocimiento en cuanto a la normativa en contrataciones y adquisiciones del Estado. La Ley, el Reglamento de contrataciones públicas, así como sus posteriores modificaciones, tienen un grado de complejidad importante. En muchos casos, esta brecha de conocimientos termina impactando en la profundidad de las investigaciones, en la generalidad al definir los objetivos de las pericias, en la posibilidad de formar hallar indicios entre tanta documentación y, en general, en la capacidad de identificar evidencias del delito denunciado que se conviertan en indicios razonables que ameriten la formalización de la investigación.

> *"Como fiscal, no sabía que habían tres etapas de contratación, y luego me di con la sorpresa de que existían y de que además no se hacían muchas colusiones en la etapa de selección porque ésta es la más pública y la más expuesta de las tres."* (Fiscal de Lima).

La conexión entre formación, especialización y archivo fiscal es tan fuerte que puede afectar los estándares que ponen los fiscales para formalizar denuncias. La complejidad de la prueba indiciaria es un reto mayor para los fiscales sobre todo si no hay mayores guías institucionales ni jurisprudencia que haya desarrollado adecuadamente este asunto. La falta de estándares de prueba indiciaria abre paso potencial a la discrecionalidad y a la imposición de criterios que, propios a cada fiscal, elevan la probabilidad que una denuncia se archive.

Incluso en Lima, donde la oferta de cursos es mayor y donde se ha apreciado en términos generales una mayor preparación de los fiscales, éstos reconocen explícitamente las debilidades en sus colegas, en su equipo y hasta en ellos mismos.

> *"*[Necesitamos] *Hacer cursos de capacitación en prueba indiciaria de estos delitos. Acá en mi despacho por ejemplo, la mayoría de mis adjuntos me están buscando prueba directa. Falta mayor manejo de prueba indiciaria. Ese es el principal problema para mí."* (Fiscal de Lima).

> *"El manejo de la prueba indiciaria* [es problemático]. *La mayoría del personal fiscal todavía no está adecuadamente preparado en la forma de trabajar esto. Sobre todo para la colusión. Es muy raro encontrar pruebas directas, entonces habría que manejar* [prueba indiciaria]*." (Fiscal de Lima).*

La investigación de delitos de corrupción, como los de peculado y colusión, exige a los fiscales el manejo de ciertas herramientas fundamentales para, por ejemplo, identificar el manejo de fondos que han tenido los investigados. El SIAF del MEF permite ver al detalle y mes a mes los registros presupuestales programados, ejecutados y modificados por toda entidad pública. Es de suma relevancia para las denuncias por peculado o malversación de fondos, pues permite cruzar información y seguir detalladamente el movimiento de recursos. Pero no es un sistema totalmente intuitivo. Es una herramienta para la que además se necesita conocer no solo algunos conceptos de gestión y ejecución presupuestaria sino también el manejo mismo de la herramienta. Son aspectos más fáciles de comprender para ciertos profesionales cercanos a la gestión pública. Aun siendo economista, tal como lo es uno de los fiscales entrevistados, las dificultades con el manejo del SIAF pueden aparecer.

> *"Lo único que puede ser difícil es ver la ruta del SIAF y ver cómo se registra el uso del dinero"* (fiscal de Lima).

Lo mismo sucede con el manejo del portal del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el SEACE. Los fiscales de las Fiscalías Anticorrupción cuentan con un usuario y claves especiales para poder hacer uso del sistema, pero no todos recurren a éste. Según algunos entrevistados, no todos saben cómo manejar el sistema lo que ha ocasionado la dependencia del acto de solicitar copias –usualmente certificadas– de los expedientes administrativos a las entidades involucradas y la consiguiente demora hasta recibir la información (sin tener en cuenta que ésta en ocasiones no es entregada, se entrega parcialmente o es adulterada).

Hay que reconocer a la vez que el portal del SEACE no tiene toda la información referida a la contratación. Los expedientes de los postores no ganadores no son subidos al sistema, por lo que antes de evaluar si el fiscal debe o no usarla o, en todo caso, cuándo hacerlo, es elemental crear en todos los fiscales la capacidad de manejarlo.

**Tabla 29**

**Número de actividades académicas organizadas por la Escuela del Ministerio Público en las que participaron las fiscalías especializadas y no especializadas en delitos de corrupción de funcionarios**

| Distrito fiscal | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | Total |
|---|---|---|---|---|---|
| Amazonas | 2 | 1 | 2 | - | 5 |
| Áncash | 2 | 3 | 3 | 1 | 9 |
| Apurímac | 2 | 1 | 2 | - | 5 |
| Arequipa | 1 | 1 | - | 1 | 3 |
| Ayacucho | 1 | 4 | - | 2 | 7 |
| Cajamarca | - | 1 | - | 1 | 2 |
| Callao | 1 | 6 | - | - | 7 |
| Cañete | 1 | 2 | 2 | 1 | 6 |
| Cusco | 2 | - | 2 | 1 | 5 |
| Huancavelica | 2 | 4 | 2 | 2 | 10 |
| Huánuco | 1 | 3 | 2 | 2 | 8 |
| Huaura | - | 3 | - | - | 3 |
| Ica | 2 | - | - | 1 | 3 |
| Junín | 3 | 3 | - | 2 | 8 |
| La Libertad | - | - | 1 | - | 1 |
| Lambayeque | - | 1 | - | - | 1 |
| Lima | 8 | 14 | 23 | 20 | 65 |
| Lima Este | - | - | 1 | - | 1 |
| Lima Norte | - | 8 | 3 | 3 | 14 |
| Lima Sur | 4 | 9 | - | - | 13 |
| Loreto | 3 | 5 | 4 | 2 | 14 |
| Madre de Dios | 1 | - | 2 | - | 3 |
| Moquegua | 1 | 1 | - | - | 2 |
| Pasco | 1 | 4 | 2 | 1 | 8 |
| Piura | 2 | 1 | 2 | - | 5 |
| Puno | 2 | - | - | - | 2 |
| San Martín | - | 1 | - | 1 | 2 |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Santa | 1 | 4 | 3 | - | 8 |
| Tacna | 1 | 1 | - | - | 2 |
| Ucayali | - | 4 | 2 | 1 | 7 |
| **Total** | **44** | **85** | **58** | **42** | **229** |

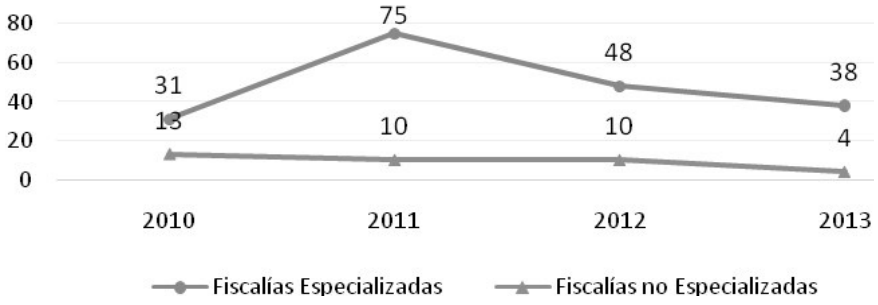
Fuente: Información de la Escuela del Ministerio Público en respuesta a solicitud de acceso a información pública enviada por la Defensoría del Pueblo.
Elaboración propia.

Hay que reconocer a la vez que el portal del SEACE no tiene toda la información referida a la contratación. Los expedientes de los postores no ganadores no son subidos al sistema, por lo que antes de evaluar si el fiscal debe o no usarla o, en todo caso, cuándo hacerlo, es elemental crear en todos los fiscales la capacidad de manejarlo.

Paradójicamente, el número de capacitaciones dirigidas o en las que han participado los fiscales del subsistema anticorrupción no ha sido baja, pero sí ha perdido continuidad. Desde el 2010 a nivel nacional, la Escuela del Ministerio Público inició actividades de capacitación que han estado concentradas en las Fiscalías Anticorrupción y mucho menos en las fiscalías no especializadas. Además, las capacitaciones han estado básicamente concentradas en los distritos fiscales de la región Lima (Lima, Lima Sur, Lima Este y Lima Norte y Callao, con el 44% de capacitaciones para ser exactos). En Áncash y Ayacucho, las Fiscalías Anticorrupción recibieron 4 y 3 capacitaciones todas en el 2011. Junín recibió 4, siendo 3 de ellas en el 2011 y 1 en el 2013. En Lima se organizaron 21 y 9 de ellas han sido en el 2013. Esto significa que en Áncash, Ayacucho y Junín la gran mayoría de fiscales –presentes en el sub sistema desde el 2012 o 2013– no hayan recibido capacitación alguna. La rotación es relativamente importante en estos distritos fiscales y ello amerita tener una política de generación de competencias sostenida en el tiempo.

**Gráfico 28**

**Evolución del número de actividades académicas organizadas por la Escuela del Ministerio Público en las que participaron las fiscalías especializadas y no especializadas en delitos de corrupción de funcionarios**




Nota: No toma en cuenta las actividades que puedan haberse organizado en cada distrito fiscal sin la participación de la Escuela del Ministerio Público.
Fuente: Información de la Escuela del Ministerio Público en respuesta a solicitud de acceso a información pública enviada por la Defensoría del Pueblo.

Elaboración propia.

Otro gran problema, según los mismos fiscales que han sido capacitados, ha sido la utilidad de las actividades académicas en relación con el trabajo práctico que realizan los fiscales: cómo investigar, qué diligencias practicar en cada caso, cómo determinar la prueba indiciaria, entre otros aspectos. Esto fue corroborado por los propios fiscales. Para éstos, las capacitaciones institucionales han estado mal enfocadas. Han sido más capacitación y menos formación en el sentido que hemos definido, tal como se puede apreciar en el anexo 2, de 31 actividades académicas promovidas por la Escuela del Ministerio Público, desde enero 2010 a mayo 2011, en Áncash, Ayacucho, Junín y Lima, solo 9 de ellas estuvieron relacionadas a la temática de corrupción, de las cuales 8 se dictaron en la ciudad de Lima y 1 en Junín. Esta situación resalta justamente la generalidad de los temas dictados.

> *"Las capacitaciones orientadas a dogmática no resultan tan necesarias, sino espacios para compartir conocimientos y experiencias, entre otros."* (Fiscal de Lima).

> *"Últimamente hemos recibido capacitación, pero cosas más pequeñas. Deberían existir cursos con mayor cantidad de horas y frecuencia."* (Fiscal de Lima).

> *"La institución no promueve pero cada quien con la inversión propia tenemos que capacitarnos."* (Fiscal de Ayacucho).

Sin los suficientes conocimientos y pautas que brinda la formación y especialización, los fiscales aprehenden y adaptan menos herramientas para armar sus investigaciones. No sólo la probabilidad de ganar un caso es menor sino que con menor preparación se eleva igualmente el riesgo de archivar una denuncia por no haber sabido identificar las pruebas necesarias. Con objetivos mal planteados o generales es poco lo que el fiscal identificará como indicios que ameriten el paso a investigación preliminar. Y no es que no haya delito sino que falta mejorar la capacidad de los fiscales para identificarlos. Así, se abre espacio a la aparición de archivos inadecuados.

> *"Creo que se debe investigar mejor a nivel preliminar y motivar en manera más adecuada. Las* [fallas] *recurrentes en todo el sistema: no tengo suficientemente identificado lo que se está investigando, motivo aspectos que no tienen nada que ver el tema de investigación, al inicio no fijo bien lo que se me está investigando, y emito un pronunciamiento general."* (Fiscal de Ayacucho).

Frente a este limitado despliegue institucional de formación, los fiscales han tomado diversas iniciativas individuales o colectivas. En el sector justicia, donde los programas de capacitación son poco frecuentes, es común encontrar que sean los propios actores quienes invierten en su formación. Es también el caso de los fiscales. Varios señalaron financiar con su propio dinero cursos de capacitación y pasantías para conocer la experiencia del sistema anticorrupción en otros distritos fiscales.

> *"He laborado en OCI de dos municipalidades. Conozco los procedimientos de auditoría que aplica la contraloría. Es toda una metodología que aplico en mi trabajo como fiscal y que me resulta útil. Estoy matriculado en cursos de capacitación de la escuela de la contraloría aunque los viernes se me complica asistir porque no me dan permiso. Yo mismo me lo financio."* (Fiscal de Ayacucho).

En forma paralela a la dificultad impuesta por la falta de formación y especialización como política institucional, existen barreras estructurales para la conformación de los equipos fiscales con personal idóneo. El problema deriva justamente de la ventaja del sistema: su grado de especialización.

Como todo sistema especializado, las Fiscalías Anticorrupción requieren personal con competencias focalizadas, algo muy difícil de encontrar en un medio donde la oferta de especialización en temas anticorrupción o, por ejemplo, en contrataciones y adquisiciones públicas no sólo es escasa sino que está geográficamente concentrada en la capital. Además, la mayoría de fiscales que integran el subsistema anticorrupción no han tenido experiencia previa en la temática. Provienen de fiscalías comunes y algunos de fiscalías que funcionaban todavía con el antiguo Código.

Aunque sobre el camino los fiscales han ido mejorando sus competencias, evidentemente ello dista de ser parte de una política de formación del recurso humano, sobre todo si parte de la capacitación depende de la capacidad y la decisión de autofinanciársela así como de la disponibilidad de cursos de capacitación.

### 1.8.2. Asistentes en función fiscal: insuficiente formación y capacitación

Con la regulación del Manual de Organización de funciones del despacho fiscal penal corporativo, aprobado por la Fiscalía de la Nación el 9 de mayo del 2014 mediante Resolución Nº 1735-2014-MP-FN, los asistentes en función fiscal desarrollarán labores básicamente administrativas como el elaborar los proyectos de providencias, y otros de impulso de las investigaciones, generar las cédulas de notificaciones y citaciones, apoyar en la redacción de actas, ingresar y verificar la información de los casos en el sistema informático, y mantenerlo actualizado, entre otras funciones.

Una de las funciones que podría contribuir a las investigaciones que realizan los fiscales, y por la cuales desarrollarían labores de fondo, recaería en su función de redactar las disposiciones y requerimientos, pero esta será por orden del fiscal, quien bajo responsabilidad deberá instruir sobre sus lineamientos y fundamentos.

En nuestro campo de investigación, se advirtió que la valoración fiscal respecto a su capacidad no es uniforme. Según los entrevistados, estos asistentes que son abogados y bachilleres en Derecho, no todos están bien capacitados, ni tienen buen desempeño. Pero más allá de esto –que resulta ser un diagnóstico poco analítico– el problema con los asistentes en función fiscal es mayor, existen inconvenientes con su selección, motivación, formación, especialización, y su actitud hacia el sometimiento a las reglas de trabajo impuestas por sus jefes.

Los fiscales parecen tener un control mínimo sobre el personal que reciben como asistente. La resignación de los fiscales sobre la imposición del personal es tan intensa como la posterior falta de motivación de los propios asistentes. Como señaló un fiscal:

> *"Me traen gente* [asistentes en función fiscal] *que no sabe nada, hay que formarlos."* (Fiscal en Lima).

Si en los fiscales es notoria la insuficiente formación en los conocimientos de base y especializados que exige trabajar en las Fiscalías Anticorrupción, en los asistentes esta brecha es naturalmente mayor pues son personas con menos formación y experiencia. No son parte del público objetivo de las capacitaciones. A los asistentes los van formando en la propia rutina diaria de trabajo fiscal, con todas las implicancias que ello acarrea (demoras, tiempo perdido, etc.), para que realicen un trabajo que cumpla en términos administrativos y jurídicos.

No obstante, según los entrevistados no todos los asistentes en función fiscal desean realizan tareas jurídicas. Mientras que algunos fiscales optan por no encargarles este tipo de trabajo, otros manifiestan que son los mismos asistentes quienes rechazan estas tareas, por lo que terminan concentrándose en actividades netamente administrativas como sacar oficios y notificaciones.

> *"En todo el subsistema solo hay seis...* [asistentes en función fiscal] *buenos. La mayoría no es que no sean responsables. Se dedican a hacer el trabajo administrativo y se conforman con eso. De esos es el 90% de asistentes y hay una buena cantidad que ¡no quiere hacer más trabajo de fondo! Son pocos los buenos. El problema de selección es que los concursos que se hacen no captan las capacidades adecuadas."* (Fiscal de Lima).

Lejos de resaltar la poca importancia de los asistentes en función fiscal en el desarrollo de la investigación fiscal, en realidad son pieza clave en el trabajo diario, ya sea para tareas intermedias e incluso mayores. Las fuertes deficiencias en el funcionamiento de la corporativización de las fiscalías contribuyen a convertirlas en una organización lotizada que hace que sea mayor la necesidad de retraerse y apoyarse justamente en las unidades que la corporativización buscó descargar en cada Fiscalía y en sus integrantes.

La importancia de la función del asistente ha sido relevada por los fiscales entrevistados. Se les forma y el riesgo es que consigan otro trabajo que

les ofrezca mejores condiciones económicas, lo que no es difícil pues las remuneraciones son bajas así como lo son también las perspectivas de hacer carrera en la institución. Luego de un tiempo en el puesto y de haber adquirido conocimientos y experiencia, no existen los suficientes incentivos para que los asistentes se queden en el puesto. La inversión puesta en ellos se pierde cuando son contratados en otras instituciones donde se les paga más y donde pueden tener un mayor desarrollo profesional en el largo plazo.

Así, la administración del recurso humano en general en las Fiscalías Anticorrupción es deficiente, más aún si se desciende en la jerarquía institucional. Es en el extremo de esta jerarquía, en el nivel de los asistentes en función fiscal donde la carencia de controles, motivación, capacitación, y la falta de mejores criterios para seleccionar al personal se manifiesta con mayor fuerza.

Lo antes mencionado debería ser observado, considerando que la diversidad de denuncias que reciben las Fiscalías Anticorrupción es un factor adicional que complica que un fiscal o sus asistentes puedan estar lo suficientemente capacitados para atender con igual desempeño cada uno de los casos. En ocasiones, los fiscales se enfrentan a estudios de abogados o abogados independientes que, por el contrario, suelen desarrollar mayor nivel de especialización y llevar una cartera de casos en número razonable que administran corporativamente con otros abogados del mismo estudio. Por ello, en el marco de la corporativización, sería necesario que los fiscales puedan contar con personal idóneo y mejor capacitado que puedan apoyarlos en el despacho fiscal; además, este personal deberían contar con mejores incentivos que permitan su continuidad y volcar la experiencia ganada en el Ministerio Público.

### 1.8.3. ¿Fiscales para toda etapa de la investigación y del proceso, o fiscales especializados?

La carga fiscal limita la especialización y los plazos de la investigación incentivan la necesidad de avanzar por encima de profundizar en ellos. Bajo el esquema de corporativización poco efectivo y la discreta política de capacitación, formación y especialización, se ha empujado a los fiscales a ser "todistas" y a tener que administrar todos sus casos en cada una de sus etapas, aun cuando no tengan los conocimientos, las habilidades y las destrezas suficientes para afrontar la ruta desde la denuncia hasta el juicio oral. Otros fiscales, por el contrario, han terminado especializándose simplemente porque la distribución de la carga no es aleatoria. En la práctica, han recibido más de algunos tipos de denuncias y menos de otros.

Este espacio entre el fiscal especializado y el que ve todo tipo de denuncias ha abierto cuestionamientos entre los fiscales sobre el rol que deben tomar: el de fiscal que acompaña a las denuncias en todas sus etapas o el de fiscal especializado que, en función a sus capacidades y habilidades, es designado casi a exclusividad para juicios orales, operativos o diligencias preliminares.

> *"Como el NCPP exige al fiscal determinadas aptitudes, de lo que se trata es de aprovechar estas habilidades según las competencias de cada uno. Esto está permitido en el reglamento."* (Fiscal de Lima).

> *"Yo particularmente, mi método de trabajo, es tener especializados a mis fiscales según entidades. Por ejemplo, todo lo que es Fuerzas Armadas lo tengo con una fiscal, una dama. Todo lo que es municipalidades, lo ve otro fiscal. Por tipo de especialidad, más o menos de la institución, vamos asignando. Los casos grandes emblemáticos los veo yo, aunque hay una directiva que dice que los más grandes los ve el coordinador. A mí se me hace más fácil asignar así, porque así yo creo una especialidad. Si yo reparto distintos casos a distintas personas, nunca se van a especializar. Entonces las personas que trabajan a Fuerzas Armadas va aprendiendo cómo manejarlo en el buen sentido de la palabra. Hay fiscales que son más de parte operativa. Entonces el provincial debe conocer las fuerzas, las virtudes de sus adjuntos. Si yo veo que a cierta persona se le hace mejor trabajar en operativos no la voy a mal aprovechar mandándola a hacer cosas que no hace tan bien. El tema de especialización es un tema propio, cada fiscal en su despacho reparte según su criterio."* (Fiscal de Lima).

Esta disyuntiva no nace de posiciones teóricas sino más bien de cómo la realidad se ha dado a decir de la experiencia fiscal registrada. Son muy pocos los casos que pasan a juicio oral y no siempre el desempeño de los fiscales ha sido positivo. Son pocas las denuncias que se formalizan (7% en el 2011) y mucho menos las que se ganan en juicio oral (4% en el mismo año). A diferencia de los abogados y defensores públicos que defienden a acusados por corrupción, los fiscales tienen menos experiencia y la acumulan a un ritmo más lento por el limitado número de casos en juicio oral.

Lo que importa es notar que, bajo el esquema de especialización o su opuesto, la capacitación de los fiscales y de los asistentes en función fiscal es central para evitar el archivamiento indebido de denuncias, algo que ha sido directamente advertido por más de un fiscal y que puede ser evitado si se piensa en la formación del capital humano como una política pública con elevadas externalidades.

*"Yo le digo, ¿cuántos procesos se me habrán ido, por falta de capacitación? Nosotros nos auto capacitamos, a veces si se nos viene un proceso de Qali Warma, ya sabemos dónde ir. Ya sabemos dónde. Esto lo estamos adquiriendo con la capacitación."* (Fiscal de Ayacucho).

### 1.9. Rotación de fiscales

El tema de la rotación de los fiscales en las Fiscalías Anticorrupción es relativamente importante, considerando que fue en Lima y Áncash donde este tema fue evocado como un problema de cierta recurrencia.

Si bien la rotación de los fiscales es designada por la Fiscalía de la Nación y/o la Junta de Fiscales de cada distrito fiscal, pues deciden estos cambios. No habría nada intrínsecamente negativo si dicha rotación se realizara bajo criterios no solo técnicos y razonables, sino también transparentes, pues permitiría optimizar el uso del recurso humano, mejorar los equipos de trabajo, ampliar el conocimiento y la experiencia de los funcionarios rotados, entre otros beneficios.

Sin embargo, el problema surge cuando la rotación de fiscales se realiza bajo parámetros poco transparentes, y no motivados. Y si bien no hay la obligación legal de hacerlo, en términos estrictos, no significa que no exista justificación válida para cada rotación. No obstante, esta forma de ejercer la política de rotación no hace sino cuestionar tanto la transparencia como la razonabilidad de tales decisiones, más aun si ni siquiera el mismo funcionario rotado conoce las razones de su cambio.

*"La Fiscalía de la Nación traslada al personal sin mayores criterios. Me cambiaron sin preguntarme mi opinión, sin capacitación. No se ha trabajado bien el tema de selección de personal especializado."* (Fiscal de Lima).

En todo caso, los parámetros formales tomados para la rotación de los fiscales son desconocidos, y si hay algo de técnico en ellos, jamás aparecen descritos formalmente en la resolución que comunica su cambio.

Por otra parte, según los fiscales, la rotación lejos de ser instrumental al desempeño individual e institucional, se convierte en una herramienta politizada con efectos colaterales sobre las investigaciones en marcha que deja el fiscal rotado, y sobre el ambiente laboral en las Fiscalías Anticorrupción.

*"El cambio frecuente de fiscales que le quita el caso y lo ponen a otro. Entra otro fiscal, y está en cero el que viene de la Fiscalía de la Nación."* (Fiscal de Lima)

En efecto, y siempre según lo manifestado por los fiscales entrevistados, la rotación se emplea como una forma de entorpecer investigaciones o evitar que estas prosperen, sabiendo que las decisiones de rotar un fiscal u otro son luego conocidas por el resto de fiscales, su uso político se convierte en una herramienta de advertencia o represalia, que en espacios limitados como el de las Fiscalías Anticorrupción se expande rápidamente por las redes informales de comunicación hasta convertirse en un rasgo latente de la cultura organizacional del subsistema.

La magnitud de la política de rotación indebida de personal no necesita ser masiva para generar efectos negativos. En realidad, no es masiva. En términos relativos, no son rotados la mayoría de fiscales, sino que la política de rotación con motivos políticos es más que nada selectiva, y son los fiscales provisionales quienes tienen la mayor posibilidad de ser rotados.

> *"*[...] *a veces en estos temas existen presiones que a veces un fiscal no debe permitir que lo afecten. A veces uno actúa por presiones y no profesionalismo. Un fiscal tiene que actuar con valentía, confirmar lo que corresponde y viceversa, y hacer su trabajo, denunciar lo que se debe y punto. Como defensores de la legalidad no se deben apañar cosas que no son. Pero los políticos tienen un poder inmenso, hoy ha salido publicado en La República el caso del gerente del Ministerio Público que no tiene por qué venir a amedrentar. Los altos funcionarios deberían someterse con mayor razón al control de las autoridades. Habría que proteger en todos los niveles a las fiscalías del poder político. A veces da miedo comentar, sobre todo si eres provisional. Con un par de dedos te sacan."* (Fiscal de Lima).

Así, un fiscal titular raramente es rotado, en el sentido estrictamente administrativo de la palabra en fiscalías tan especializadas como las de corrupción de funcionarios. Se le cambia ante investigaciones por inconducta funcional a cargo de Control Interno, por ejemplo, u otras promovidas ante el Consejo Nacional de la Magistratura conducentes más bien a su separación de la institución. En este último caso no hay rotación, sino destitución. La necesidad de cubrir plazas en otro despacho o distrito fiscal es otra razón válida. En el primer caso, la rotación es la consecuencia de la decisión de investigar o sancionar a un fiscal por algún acto contrario a la Ley, en el segundo caso, de ofrecer una mejor cobertura territorial como institución.

Sin embargo, no es esto lo que según los fiscales determina la rotación de los provisionales. Más bien el mensaje que dejan las decisiones de rotación es

que investigar cierto tipo de casos, puede conducir a la rotación o remoción de fiscales, y con mayor razón si son provisionales. La reducción del riesgo percibido de la provisionalidad es considerada como una fortaleza. Así evaluó un fiscal la recomposición de su Fiscalía Especializada:

> *"El ingreso de titulares que hubo el año pasado* [es una fortaleza]. *Se dejó un sistema que era de provisionalidad por un sistema en el que todos son titulares, lo cual implica poder tener un poco de fortaleza para dejar de tener un poco de presión, que puede subsistir pero ya no es tan evidente o fuerte como antes, cuando había un alto número de provisionalidad y un alto número de fiscales que no eran de la especialidad."* (Fiscal de Lima)

Un caso que ahonda la rotación de fiscales provisionales es el caso de Áncash, entre los siete fiscales rotados o removidos que investigaban casos por corrupción contra el entonces presidente regional, César Álvarez, habían sido titulares y provisionales. El uso político de la rotación de fiscales parece estar más sustentado por mismos afectados. Según declaraciones a *La República* (24 de enero de 2014)*:*

> *"Incluso al terminar la entrevista con los congresistas y el presidente regional César Álvarez, el doctor Hugo Dante Farro Murillo, en su condición de presidente de la Junta de Fiscales del Santa, me dijo en tono de advertencia que tuviera cuidado en la realización de la diligencia de allanamiento, ya que el señor César Álvarez tenía mucha influencia y mucho poder con dos fiscales supremos en el Ministerio Público"*

La política de rotación de fiscales en el Ministerio Público parece ser selectiva, pero no impide que los titulares sean también objeto de rotaciones indebidas. La forma más leve de rotación politizada es la designación del fiscal titular a otro despacho. Como los fiscales anticorrupción trabajan en fiscalías corporativas, no son dueños de un despacho y por tanto pueden ser cambiados o rotados:

> *"Cuando haya una decisión de un fiscal que no agrade a determinadas autoridades, entonces se le cambia de una Fiscalía Especializada a otras Fiscalías Especializada."* (Fiscal de Lima).

> *"¿A qué le doy yo más importancia: A la transparencia o que a algún fiscal se le haya cargado el despacho? Lo que me parecería incorrecto es que de esa carga compleja yo agarre y bajo un criterio equis diga yo te roto este caso y me lo voy a asignar a mi o a mi colega. La pregunta es qué criterio usó el Fiscal Coordinador. El reglamento de los Fiscales*

*Coordinadores dice que se pude hacer una gestión adecuada de la carga."* (Fiscal de Lima).

Si bien se trata de casos puntuales, la continuidad de las prácticas de rotación no sustentada y la denuncia de los propios fiscales aumentan la suspicacia de la política de rotación y sanción de fiscales.

En el plano institucional, la rotación no sustentada de fiscales afectaría la legitimidad del Ministerio Público. Pero también altera las pautas de organización operativa de los despachos. Remover un fiscal implica designar otro que debe retomar las investigaciones, sobre las cuales no necesariamente comparte el mismo enfoque. Hay un riesgo de demora en las investigaciones pero también de archivo inadecuado, si el nuevo fiscal no tiene el tiempo suficiente para analizar casos usualmente complejos y de gran volumen de información.

Formar capital humano en las Fiscalías Anticorrupción es algo valioso y difícil de hacer. La falta de una política sostenida de generación de competencias y manejo de recursos humanos, origina que los fiscales algunas veces autofinancien sus propias capacitaciones, y su aprendizaje en base a su propia experiencia. Este mismo factor hizo que el inicio del funcionamiento de las Fiscalías Anticorrupción se hiciera con fiscales no especializados provenientes sobre todo de fiscalías comunes. Por ello, la rotación no justificada y sin mayor explicación de aquellos fiscales especializados hace que el sistema anticorrupción pierda un valor interesante en la lucha contra la corrupción.

## 2. Aspectos de Gestión advertidos que inciden en la labor fiscal

### 2.1. Fiscalías de Coordinación: estilos de liderazgo y desempeño

Bajo la regulación del Reglamento derogado se puede afirmar que la ejecución de las tareas del fiscal coordinador se asentaba sobre dos pilares: los lineamientos de política, y los aspectos de Gestión. La conexión entre ambos es cercana. Mientras que el primero da el marco de acción y determina las funciones y los límites de la función de fiscal coordinador, el segundo cubre los aspectos operativos de la función.

En el capítulo anterior, se definieron diversos rasgos de cómo las fiscalías de coordinación han sido diseñadas al nivel de los lineamientos de política. El planteamiento general de su Reglamento priorizó una visión administrativa para la función del fiscal coordinador y dio menos peso a la parte jurídica que en el marco de la corporativización, sí podría

haber influenciado positivamente en el funcionamiento de las Fiscalías Anticorrupción.

Las funciones que ejecutaban los fiscales provinciales coordinadores eran fuertemente influidas por su liderazgo; y, éste, a su vez, estaba marcado por su nivel de proactividad y su capacidad de comunicar –o de propiciar la comunicación– al interior de la Fiscalía Anticorrupción. Hemos identificado que estos factores determinaron cuatro estilos: proactivo, administración abierta, organización lotizada pura, desorganización con dinámica. Cada estilo tuvo impactos particulares sobre todas las funciones de la coordinación, entre las que hemos elegido las más importantes para analizar: el tratamiento de lo jurídico y la corporativización.

### 2.1.1. Estilos de coordinación

El rol del fiscal coordinador estuvo altamente asociado al liderazgo y la personalidad de quien ejercía el cargo. En los distritos fiscales analizados que contaban con un fiscal coordinador más activo, se identificó mayor dinamismo y mejor comunicación en el planteamiento y ejecución de ciertas actividades. Asimismo, los fiscales entrevistados reconocieron rápidamente las fortalezas y las debilidades de sus coordinadores, también de sus limitaciones, que hacen de la coordinación un rol difícil; también identificaron a un coordinador que, distinto a los anteriores, planteaba una mejor relación con el resto de fiscales e iniciativas que no se ceñían sólo a lo administrativo.

En los distritos fiscales analizados, hallamos dos características comunes del liderazgo de quien ejercía la coordinación: personalidad (dinámica o pasiva); y comunicación (abierta o cerrada). El cruce de personalidad y comunicación da origen a los estilos de coordinación, identificándose cuatro estilos: proactivo, administración abierta, organización lotizada pura y desorganización con dinámica. En cada estilo las funciones del coordinador son planteadas y ejecutadas en forma distinta.

Hemos identificado dos funciones importantes para la coordinación y, a la vez, donde el rol del fiscal coordinador está claramente diferenciado en función del estilo que haya impuesto en su cargo: el tratamiento de temas jurídicos y la corporativización.

**Gráfico 29**

**Estilos de coordinación**




Elaboración propia.

El tratamiento de temas jurídicos involucra la discusión entre todos los fiscales de las dificultades, el establecimiento de pautas comunes para la investigación fiscal, e incluso su actuación en juicio oral. Además, implica la difusión y discusión jurídica. Lo ideal es que la discusión se debe plantear en escrito, mediante actas o directivas, para sentar pautas comunes y replicables.

La corporativización se entiende como la capacidad de compartir las diligencias preliminares, planificar estrategias e investigar en equipo, especializarse en alguna etapa de la investigación y del proceso judicial, reemplazarse en diligencias, entre otras actuaciones, que se puedan realizar en forma cooperativa.

**Tabla 30**

**Definición de estilos de coordinación**

| Estilos de coordinación / Funciones | Jurídico | Corporativización |
|---|---|---|
| Proactivo | Acuerdos por escrito; convocatoria amplia a reuniones; coordinan desde archivo hasta juicio oral; juego de roles y simulaciones; discusión de casos complejos, emblemáticos y otros más. | Planificación y ejecución de investigación en equipo; reemplazo en diligencias; programación de uso de recursos escasos; investigación por equipos, pools especializados, sub-especializaciones intencionales. |
| Administración abierta | Criterios trabajados más que nada en forma independiente; convocatoria semicerrada; comunicación informal corriente; discusión en casos complejos y emblemáticos. | Entre fiscales conocidos y amigos y sin iniciativa del fiscal coordinador, para casos emblemáticos o complejos por presión mediática. |
| Organización lotizada pura | Como máximo criterios discutidos en cada fiscalía; transmisión oral, sin registro, en canales informales; discusión y difusión en casos complejos y emblemáticos. | Iniciativas bilaterales (fiscal-fiscal) basadas en confianza y redes cercanas, sólo para casos emblemáticos. |
| Desorganización con dinámica | Como máximo criterios discutidos en cada fiscalía; transmisión oral, sin registro, en canales informales; difusión en casos complejos y emblemáticos. | Sólo para casos emblemáticos y complejos, desconfianza. |

Elaboración propia.

Antes de analizar cada estilo de coordinación se precisará tres aspectos:

En primer lugar, no hay estilos puros. Nuestra clasificación se ha construido en base a lo hallado en las entrevistas. Refleja bastante bien los estilos de coordinación en cada distrito fiscal e incluso es posible extenderlos a otros distritos fiscales.[114] Pero más que categorías estancas, los estilos deben verse como continuidades cuyos límites son zonas grises, de transición hacia otro estilo o combinaciones de éstos. La coordinación en cada distrito fiscal tiene un estilo particular, con un estilo predominante que en ciertos casos es matizado por otro.

En segundo lugar, son estilos reales y no teóricos. Por ello, incluso el mejor estilo entre los cuatro, evidencia carencias que deben ser corregidas para llegar a un nivel óptimo de coordinación.

En tercer lugar, la transición de un estilo hacia otro con mejores implicancias no depende únicamente de las características del fiscal coordinador. Existen factores estructurales que impiden mejorar sus funciones, como los lineamientos de política, pero también otros propios de las Fiscalías Anticorrupción y del Ministerio Público (política de persecución de la corrupción, cantidad y calidad del personal, logística, presupuesto, etc.); y otros externos a éstos (políticas anticorrupción, jurisprudencia, desarrollo normativo, etc.).

### 2.1.2. Estilo proactivo

Este es el estilo de coordinación con mejor performance. Tiene un balance adecuado en las dos funciones, pero con mayor énfasis en lo jurídico, que en la corporativización, sin llegar a estándares óptimos. Es el estilo más deseable pero no generalizado. Fueron dos los distritos fiscales analizados donde la coordinación tenía un estilo de predominancia proactiva.

La función que más destaca es la jurídica. Las reuniones de coordinación son aprovechadas no solo para atender problemas administrativos sino para recoger e integrar las principales preocupaciones de los fiscales al investigar sus casos. La integración de los fiscales a las reuniones es más frecuente y extensiva. No solo participan los fiscales provinciales sino

114 Hemos preferido no identificar expresamente el estilo predominante o secundario de coordinación en cada uno de los distritos fiscales estudiados. No es nuestro propósito hacer una crítica particular a determinado coordinador o coordinadora, pero sí reconstruir estilos paradigmáticos para visibilizar la problemática detectada. De ahí que en las citas hayamos preferido omitir –en esta sección– la referencia a la procedencia del fiscal entrevistado.

eventualmente los fiscales adjuntos, porque las discusiones y los acuerdos no son enteramente administrativos, sino que involucran aspectos sobre las investigaciones en marcha.

Los acuerdos tomados en las reuniones de coordinación ocasionalmente se materializan directivas internas u otros documentos. También se dan acuerdos verbales, pero al margen de la forma en que se concretan, se evidencia un mayor compromiso por discutirlos y aplicarlos.

Los temas de discusión que promueve la coordinación incluyen lo jurisdiccional y lo concierne a la investigación fiscal. En lo primero, la discusión gira alrededor de pronunciamientos judiciales (sentencias, normativa y/o jurisprudencia); y en lo segundo, incluyen pautas sobre cómo se deben realizar las diligencias preliminares y el archivo,

> *"Nuestra última reunión fue el martes 11, tratamos algunas estrategias sobre el desarrollo de pericias y sus deficiencias. Hemos acordado darle prioridad a las pericias en casos judicializados, especialmente cuando hay controles de plazos e investigación suplementaria. Estamos usando el tiempo último que nos dan los juzgados para meter las pericias."* (Fiscal).

Por último, una de las actividades más interesantes es la realización de juego de roles y simulaciones. En los dos distritos analizados donde predomina este estilo, los coordinadores organizan en forma constante simulaciones de juicios orales destinadas a preparar al fiscal que participará en alguna audiencia. Los demás fiscales asumen roles de abogados defensores, formulan preguntas que buscan desbaratar y debilitar las argumentaciones y teoría del caso del fiscal. Esta iniciativa es una buena práctica que podría ser replicada e institucionalizada.

> *"Entre nosotros mismos nos hemos capacitado para las audiencias. Me pongo como el peor abogado, trato de ridiculizarlo, de tal forma. Me acuerdo de la doctora, no la dejé ni hablar. Al día siguiente, al abogado le aplicó lo mismo. Sugestiva, capciosa, sugerente. Y un detalle: El fiscal al que le va a ir bien es el que se reponga cuando pierda, no el que gana todos los casos."* (Fiscal).

La segunda función es la corporativización. Es en este estilo donde funciona mejor. Hemos identificado un desarrollo inicial prometedor de la corporativización pero no extensivo a todos los aspectos. Sólo dos distritos de los analizados tienen este tipo de avances en la corporativización.

El primer espacio que se desarrolla con la corporativización es el de las diligencias compartidas, si bien cada fiscal es responsable por sus casos, puede formar parte de equipos de apoyo para la realización de algunas actuaciones fiscales, como constituciones o incautaciones. Este apoyo implica una planificación coordinada y se ejecutan como tal. Es decir, forma parte de una visión corporativa que abarca la planificación y la puesta en práctica del plan de investigación.

> *"Es muy positivo el modelo corporativo, porque permite coordinar en equipo las investigaciones preliminares, a nivel de toda la fiscalía provincial.* [Contamos con] *Apoyo de fiscales de cualquier despacho en diligencias y audiencias. Nos reemplazamos si uno no puede ir va el otro."* (Fiscal).

El segundo espacio donde aparece la corporativización es el reemplazo del fiscal en diligencias a las que no puede asistir. Los fiscales reemplazantes no solo deben estar disponibles sino conocer el caso. El reemplazo es vital, sobre todo para distritos fiscales donde la cobertura geográfica representa una dificultad mayor para la programación y ejecución de diligencias. Además, permite avanzar más rápido con las diligencias, evitar los cruces de audiencias y reprogramaciones.

Uno de los problemas recurrentes en estilos de coordinación donde existe poca comunicación es la nula comunicación en la planificación de diligencias o actuaciones similares. En el fondo, este es un simple problema de asignación de recursos. Por eso el fiscal coordinador debe conocer qué es lo que va a realizar cada fiscal, para establecer criterios o acciones en la ejecución de necesidades en forma conjunta o agregada. Aunque existen cosas que escapan al fiscal coordinador, los casos avanzan, los plazos transcurren y los recursos escasean, como por ejemplo, la asignación de los peritos son pocos para toda la carga de informes periciales que requieren las Fiscalías.

La asignación de equipos especiales para, por ejemplo, diligencias complejas o casos emblemáticos es otra forma de avance en la corporativización pero que no se ha observado aún, así como tampoco la coordinación para la agregación de diligencias con una misma entidad y trámites en forma conjunta (pedidos de información a la SUNAT u OSCE, etc.).

### 2.1.3. Estilo de administración abierta

Es un estilo donde predomina la buena comunicación pero es contrarrestada por la débil proactividad del fiscal coordinador para articular problemas

e intereses; lo que hace que el enfoque de su gestión tenga un sesgo administrativo importante.

Lo jurídico es una debilidad en la coordinación. Como unidad, la fiscalía pierde fuerza y dejan de discutirse y tratarse en forma conjunta y continua los temas jurídicos de interés para las investigaciones, trasladándose esta función al campo individual. El fiscal coordinador difícilmente integra la problemática jurídica a las reuniones, salvo casos excepcionales de mayor interés (aquellos casos complejos y emblemáticos, aunque es mínimo), o jurisprudencia o normativa relevante.

Para las reuniones de coordinación se convoca solo a fiscales provinciales, siendo una convocatoria semicerrado. Los acuerdos son generalmente verbales pero pueden constar en actas. Esto facilita la transmisión del mensaje a quienes no fueron convocados, quienes sienten que se les brinda información pero sin que se recoja su problemática.

> *"Compartir formas de investigar entre fiscales, eso sería útil. Las reuniones semanales se han implementado hace 2 meses, y en éstos 3 meses quien va es el fiscal provincial, no los adjuntos. Debería haber conversaciones aquí, pero no entre muchos o al menos no para empezar porque cuántos más integrantes la comunicación es menor. Se debe empezar con el trabajo corporativo en el propio despacho y luego buscar reuniones entre fiscalías corporativas"* (Fiscal).

Si bien existe un mayor flujo de comunicación entre los fiscales de una misma fiscalía y entre los fiscales en general. Esto hace que la reuniones generales entre fiscales coordinadores, fiscales provinciales y fiscales provinciales adjuntos destinadas a discutir problemas e inquietudes jurídicas se trasladen al espacio compartido más pequeño: cada fiscalía. Es en este espacio donde se cierra la discusión jurídica. También genera que los canales de comunicación informales ("intercambios de pasillo") sean los canales naturales para dicha comunicación. No obstante, no hay acuerdos propiamente dichos, solo conversaciones e intercambios orales no materializados.

> *"En el despacho fiscal tenemos 'plenitos', esto es, reuniones entre los fiscales de un mismo despacho para unificar criterios o discutir cuestiones de casuística que nos están complicando la vida. También nos hacemos consultas entre nosotros de manera constante aprovechando la cercanía de los despachos. Pero solamente nos reunimos cuando el tiempo nos lo permite, es decir una o dos veces por mes como máximo"* (Fiscal).

Todos los espacios de posible corporativización quedan relegados a dos instancias: el fiscal provincial quien como jefe de fiscalía puede imponer un estilo de trabajo y, en segundo lugar, entre fiscales que por amistad o vínculo se animan a realizar trabajo conjunto. Cuando se carece de este vínculo aparece otro estilo particular de coordinación fiscal, el de organización lotizada.

La función de corporativización en este estilo es la consecuencia plena del repliegue del fiscal coordinador como articulador de intereses. En las entrevistas a fiscales, la corporativización bajo el estilo de administración abierta implica la realización de diligencias coordinadas con otros fiscales cercanos, lo que se logra solo a través de la coordinación directa o amical y sin la intervención del fiscal coordinador. Éste no articula intereses ni necesidades.

> *"Eso de la corporativización todavía no funciona, cada fiscal tiene su carga y anda metido en su problema. Hay más comunicación por un tema generacional que por un tema funcional, no es por el diseño en sí. Es porque hay ciertas simpatías. Pero sí hay comunicación fluida."* (Fiscal).

Pero esta suplantación del rol de coordinación no se hace para todos los espacios posibles de la corporativización. No se planifican ni ejecutan diligencias en forma corporativa y coordinada, ni se distribuyen los recursos escasos bajo criterios equitativos. La corporativización suele abarcar básicamente al reemplazo del fiscal en diligencias a las que no puede asistir.

> *"Generalmente veo un trabajo en equipo entre los fiscales de un mismo despacho. Eso es bueno. Hay dudas, preguntas, intercambios. Incluso se reemplazan si por A o B éste no puede estar presente en una audiencia."* (Fiscal).

Este tipo de estilo implica corporativizarse sin coordinación. Aunque es mejor a las siguientes formas de estilo, su sostenibilidad está limitada a las facilidades y las posibilidades de coordinar, que no dependen de la estructura orgánica de la institución sino de factores coyunturales (fiscales que se conozcan) o personales (amistad entre fiscales). En el mediano plazo, si las coordinaciones inter-fiscalías no rinden frutos o se desgastan se perderá lo ganado en comunicación y con ello se corre el riesgo de retraerse a lo individual y pasar a un estilo de organización lotizada pura.

### 2.1.4. Estilo de organización lotizada pura

La frase "Acá, cada uno muere por su caso" permite definir rápidamente la lógica detrás de este estilo. Este estilo es la consecuencia del débil funcionamiento de los canales de comunicación y de la pasividad del coordinador o de la dificultad que tiene para integrar a los fiscales. Las reuniones de coordinación integran solo al fiscal coordinador y a los fiscales provinciales. Los mensajes y acuerdos que toman son transmitidos ocasionalmente, pero no en forma institucional, sino en base a la réplica que hacen los fiscales provinciales hacia sus adjuntos.

> *"Nos falta líderes. El coordinador no hace la labor de coordinador. Debería saber todo lo que pasa con todos los adjuntos. Menos aún en lo que le pasa con los adjuntos de esos despachos. No hay conexión directa. Si bien uno no tiene capacidad de ver todos los casos, al menos un jefe debería saber qué está haciendo con cada caso. El coordinador debería llegar más a quienes están llevando cada caso."* (Fiscal).

El abordaje de los temas jurídicos desde la coordinación se hace a nivel mínimo: casos complejos y emblemáticos, o normatividad relevante. Esta falta de impulso a los temas jurídicos se contrarresta en cada fiscalía. Ahí se conversan y discuten pautas de investigación y jurisprudencia. Pero no es homogéneo entre los fiscales. Algunos lo hacen con mayor frecuencia y espacio para la coordinación pero otros minimizan estas funciones y dejan a sus fiscales provinciales con una mal entendida libertad dentro del sistema corporativo.

> *"No sé si mis disposiciones están bien o mal. Si estoy equivocada no hay mecanismo de retroalimentación."* (Fiscal).

Lo usual en este estilo es la ausencia de acuerdos escritos. Casi todo se manifiesta en lo oral y se materializa tal cual en acuerdos, por ello, su difusión e institucionalización como práctica para otros casos de corte similar es muy baja.

La organización lotizada pura tiene por efecto hacer que el desempeño de las Fiscalías Anticorrupción se desarrolle en forma aislada en el núcleo más desagregado –el fiscal o en ocasiones al nivel de la fiscalía. Por ello, lo corporativo no ha funcionado en dicha jurisdicción.

La figura del reemplazo de fiscal en diligencias, tiene antecedentes pero sin resultados efectivos. Por ejemplo, al nivel de cada fiscalía donde el

fiscal provincial tiene la potestad y la autoridad de asignar diligencias a uno de fiscales provinciales adjuntos. Es lo mínimo que se puede pedir a las Fiscalías Anticorrupción que funcionan bajo este estilo. Es bastante sintomático de una organización lotizada que el fiscal que señaló hacer uso de este medio corporativo no lo llame trabajo en conjunto o propiamente corporativo sino "ayuda de parte de sus fiscales". Esta forma de colaboración es corporativa solo por el hecho que hay más de un fiscal trabajando en ella. Pero en términos estrictos responde más al principio de jerarquía que ejerce el fiscal provincial sobre sus adjuntos.

> *"Para mí el tema de reemplazos en audiencias no ha funcionado. Mis adjuntos sí me ayudan pero a veces me avisan a última hora, pero con ellos si nos reemplazamos."* (Fiscal).

Lo que prima en este estilo, es el interés individual, y es lógico, pues el fiscal coordinador no otorga prioridad a la organización equitativa de los recursos. Es una actitud individual y poco corporativa. Bajo este estilo de coordinación es igualmente poco probable pensar en asignar ciertas tareas a los fiscales según las competencias que tengan. Al fiscal se le exige especializarse en todo.

La corporativización en una organización lotizada pura solo funciona en casos contados y paradójicamente donde más es necesaria la coordinación, comunicación y confianza entre los fiscales: los casos emblemáticos. Pero no hay contradicción alguna. Todo depende de la iniciativa de hacerlo o de la presión que medios de comunicación o la coyuntura ejerza sobre el Ministerio Público.

> *"Hay una reunión para darte ideas, pero no hay corporativos. Lo que pasó en (...)*[investigación al alcalde del distrito en la que varios fiscales se constituyeron al local para obtener información] *sí fue corporativo."* (Fiscal).

En este estilo de coordinación es donde los problemas comunes a todas las Fiscalías Anticorrupción son exaltados como fallas de la corporativización. Es la consecuencia de la gravedad de tales problemas pero también de la incapacidad del fiscal coordinador para manejarlos o mitigarlos.

### 2.1.5. Estilo de desorganización con dinámica

Las características centrales de este estilo se derivan de un fiscal coordinador proactivo trabajando en un ambiente de comunicación limitada entre los

fiscales. Generalmente, proactividad y comunicación van de la mano y ha sido común hallar que un fiscal coordinador proactivo generaba un mejor ambiente de trabajo que abarcaba el aspecto de la comunicación entre los miembros de la Fiscalía Anticorrupción. Ningún distrito fiscal tiene a este estilo como predominante, aunque se manifiesta débilmente en dos de los distritos estudiados como estilo secundario.

El manejo de la función jurídica de parte del fiscal coordinador es muy similar al observado en la organización lotizada pura, aunque tiene enfoque y deficiencias parecidas, las diferencias están marcadas por la mayor proactividad del coordinador.

Lo jurídico es una preocupación del fiscal coordinador pero no encuentra respuesta en sus fiscales para abordarlo o bien no es una preocupación constante del coordinador quien opta por centrase en tareas administrativas. En las pocas reuniones de coordinación, las discusiones son verbales y no dejan ningún registro y menos acuerdo escrito. Toda comunicación sobre estos aspectos se da a través de canales informales. Sí hay difusión de jurisprudencia y normas, pero lo usual es no ir más allá, dejando de lado la opción de discutirlas.

La corporativización con el estilo de desorganización con dinámica encuentra dificultades en el ambiente de trabajo. La proactividad del fiscal coordinador es frenada por la debilidad de la comunicación, lo que incide negativamente en su figura como líder y en la aceptación de sus propuestas.

Sin mayor liderazgo efectivo, los espacios donde la corporativización se puede aplicar quedan minimizados. Ni las diligencias compartidas ni el remplazo de fiscales es replicable. Es más, hay dificultad para promover iniciativas adicionales. No se confía en el fiscal coordinador ni en sus propuestas. Los fiscales las cuestionan y hasta las rechazan, excepto que se trate de casos emblemáticos donde casi siempre se actúa por presión externa.

> *"Lo que debo señalar es que el fiscal superior nos ha proporcionado un grupo de 5 jóvenes asistentes que supuestamente son un grupo de elite que nos va a ayudar en los casos emblemáticos para conseguir prisiones preventivas. Pero por ejemplo yo no estoy de acuerdo, porque este grupo debería ayudar en toda la Investigación Preparatoria. Estos jóvenes sí pueden ayudar y los casos grandes ameritan este trabajo. Ha sido muy difícil poder convencerlo para que amplíe a ese tipo de funciones las labores del grupo de apoyo."* (Fiscal).

Incluso hay un rechazo directo al fiscal coordinador como articulador de los intereses de la Fiscalía Anticorrupción en la persecución del delito y en filtrar la fiscalía de malos elementos que, aun siendo supuestamente conocidos, permanecen en el cargo.

> *"Yo pienso que no tenemos un líder, tenemos muchos jefes pero no hay liderazgo. No hay uno que de verdad quiera. Se dice en las reuniones internas que hay fiscales corruptos y todo, pero no se ven las intenciones reales de generar un cambio. No hay voluntad real, no hay acompañamiento, no hay un líder que dirija este tipo de acciones. Hemos llegado a sentirnos solos en este trabajo de fiscales."* (Fiscal).

En suma, es un estilo donde las características del fiscal coordinador no bastan y se van erosionando con el tiempo ante los límites y las dificultades de comunicación efectiva.

### 2.2. Débiles controles de la calidad del trabajo fiscal: numerosos mecanismos, pero algunos de efectividad limitada

Según lo indicado por un entrevistado al preguntarle por los mecanismos que existen para controlar la calidad de su trabajo en el subsistema anticorrupción: "Esta facultad queda en manos de cada fiscal"; sin embargo, esto resulta siendo poco práctico y escasamente productivo ante la falta de miradas de terceros. Por otra parte, otras formas de control de calidad según refieren los entrevistados serían el recurso de elevación de actuados, la Fiscalía Suprema de Control Interno, el Consejo Nacional de la Magistratura y hasta los propios jueces.

Según lo anterior, no serían pocos los controles de calidad del trabajo fiscal. No obstante los fiscales están confundiendo disponibilidad de mecanismos con los objetivos que tienen, y con la efectividad que deberían demostrar en su afán de control. Muchos de los controles citados son jurídicos y permiten controlar solo parcialmente cómo un fiscal está llevando a cabo su investigación y cómo ha formado su decisión de archivo.

Es importante dejar en claro que el control de calidad del trabajo fiscal es distinto al jurídico: no debe ser selectiva sino que debe permitir la revisión de todas las investigaciones, no debe partir de un agente externo a la institución sino de la estructura de las Fiscalías Anticorrupción, debe facilitar el establecimiento de pautas entre investigación y gestión así como entre investigación y lo jurídico, entre otros aspectos.

Ante esta definición, lo que los fiscales perciben como controles no lo son. Su percepción coincide con la división entre mecanismos jurídicos y de gestión. Esta explicación de la posición de los fiscales se ha denominado "juridicialización", es decir, la imposición de una estructura de controles jurídicos a lo que debería ser regulado por mecanismos de gestión: el proceso de planificación y ejecución de la investigación, así como las disposiciones de archivo.

Esto ha hecho que, en las Fiscalías Anticorrupción los mecanismos de control de calidad del trabajo fiscal representen más una respuesta a problemas en el manejo jurídico y procesal, que una respuesta a inconvenientes con la calidad para construir sus disposiciones fiscales.

Cada uno de los mecanismos de control citados por los fiscales tienen debilidades marcadas, que relativizan su efectividad e idoneidad para alcanzar sus objetivos. En la práctica esto deja una fuerte debilidad en el control del trabajo fiscal y en la posibilidad de reducir los archivos inadecuados, o fundamentar mejor aquellos cuyos archivos no fueron cuestionados por esta investigación.

### 2.2.1. La "juridicialización" del control de calidad del trabajo fiscal

En la práctica, ha habido una inversión en cómo se debe controlar la calidad del trabajo fiscal, que es muy distinto al control de calidad de las disposiciones fiscales). La estructura jurídica y procesal–y menos la de gestión– es la que se ha implantado para verificar qué tan bien están haciendo las tareas que conducen a cada decisión de archivo. Así ese mecanismo de control por excelencia sería: la revisión del caso por el superior. Al revisar los recursos de elevación de actuados son los fiscales superiores quienes tienen la responsabilidad de corregir el trabajo de los fiscales provinciales aun cuando esto se aplique únicamente a una porción minoritaria y selectiva del trabajo de cada fiscal. En promedio en 1 de cada 3 denuncias archivadas (37%) se interpuso recurso de elevación de actuados.

> *"Con respecto al archivo tienen indicadores de eficiencia y calidad, está el control del superior jerárquico vía queja. Si no hay queja, por ahora no hay control de los archivos, aunque me han dicho que se va a hacer. La mayoría de casos archivados son recurridos en queja."* (Fiscal de Lima).

El sistema de control de calidad del trabajo fiscal está basado en la juridicialización de sus mecanismos, que es común en organizaciones como el Ministerio Público e incluso el Poder Judicial donde sus miembros

comparten dos características: tienen una especialización profesional que estructura su trabajo (Derecho), y a la vez no incentivan con esmero el desarrollo de las competencias de gestión. Así, lo jurídico y lo procesal se extiende y cubre a lo administrativo, mientras que la gestión se repliega en sus elementos más básicos y no siempre fundamentales.

La juridicialización tiene varias consecuencias. Crea una confianza excesiva en el fiscal superior, como un mecanismo de control, generando un efecto de segundo orden: relaja los mecanismos que, desde el punto de vista de la gestión, sí tienen la capacidad potencial de control sobre ciertos problemas de la actuación fiscal que no son advertidos y, menos aún en forma sistemática, cuando se depende de la interposición de un recurso de elevación de actuados.

Es decir, un mecanismo de control de calidad del trabajo fiscal enfocado en la gestión fiscal permite verificar y corregir el planteamiento de la investigación, las diligencias pertinentes y pendientes, la formación de la teoría del caso, el orden de las diligencias, el planteamiento correcto de los pliegos de preguntas para las declaraciones, la evaluación de la necesidad de técnicas especiales, etc. Es un control con influencia *ex ante*, durante y *ex post* la disposición de archivo.

Otro de los efectos de la juridicialización es que opaca el funcionamiento de aquellos que sí están preparados para revisar la calidad del trabajo que hacen los fiscales, como el de la revisión de los fiscales provinciales sobre el trabajo de sus adjuntos, y el de Control Interno.

Una vez opacados, los mecanismos de control de calidad basados en aspectos de gestión pierden claridad en su función y su importancia se degrada. A diferencia de los controles juridicializados que cuentan con una estructura procesal precisa en el NCPP (procedimiento y consecuencias de interponer un recurso de elevación de actuados), los de gestión carecen de reglas formales o por lo menos reglas escritas con objetivos definidos sobre qué actividades controlar, por qué y qué utilidad generarán.

En otras palabras, mientras que el control judicializado de la calidad del trabajo fiscal está institucionalizado y legitimado, el control de gestión es impreciso, general y basado en reglas poco claras que ocasionan que su importancia sea bastante variable entre un distrito fiscal y otro, así como entre una fiscalía y otra, y un fiscal y el resto.

De esa forma, el control del trabajo que reciben los fiscales provinciales adjuntos de sus jefes inmediatos, los fiscales provinciales, es poco

institucionalizado y bastante heterogéneo entre fiscalía y fiscalía: varía entre la revisión de la estrategia de investigación únicamente de casos complejos o emblemáticos hasta la verificación de los plazos de cumplimiento de las investigaciones en curso.

> *"No nos evalúan. Ese tipo de evaluación nunca se ha hecho, ni tampoco el coordinador ni control interno. Pero calidad de investigación no. Uno de los puntos que se reclamaban al coordinador es verificar las investigaciones de los fiscales, las diligencias hechas, nadie revisa ese nivel de trabajo. Control interno solamente ve plazos, por eso cuando vienen los fiscales hacen lo posible por estar al día."* (Fiscal de Áncash).

El resultado es un sistema donde los productos de cada fiscal (diligencias y disposiciones) son controlados en una limitada proporción, bajo criterios sesgados a lo jurídico y procesal, y con estándares de eficiencia fijados en mayor producción y no en calidad. Así el verdadero control de calidad sobre los archivos se muestra bastante débil.

Recientemente, con la aprobación del Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo se ha considerado como uno de los criterios de control y seguimiento del trabajo fiscal, efectuar una supervisión de las acciones dispuestas en la investigación, juzgamiento y ejecución del proceso penal, así como la evaluación de la calidad de las decisiones fiscales.[115] No obstante ello, aún falta por desarrollar los indicadores que se tomarán en cuenta en esta labor.

### 2.2.2. Percepción de mecanismos de control del trabajo fiscal

La debilidad de los mecanismos de control del trabajo fiscal hace que los propios fiscales interpreten en forma muy distinta cuáles son aquellos que regulan su trabajo. Algunos consideran tener una buena cantidad de controles, mientras que otros afirman la inexistencia de alguno.

La disparidad de uniformidad en considerar qué representa un control de calidad obedece menos al desconocimiento sobre los mecanismos de control existentes, que a la falta de criterio para considerarlos estrictamente como fuentes para verificar y corregir la calidad de su trabajo.

Lo que definen las distintas posiciones entre los fiscales sobre cuáles son tales mecanismos tampoco es la subjetividad de considerar o no arbitrariamente algo como un control sino la efectividad que les atribuyen

115 Artículo 61º de la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 1735-2014-MP-FN.

para controlar. En otras palabras, mientras que algunos fiscales consideran un control como tal a partir de sus características jurídicas y procesales, otros los estiman como tales a partir de la eficacia en los objetivos que se persigue con el control: determinar si el fiscal está haciendo o ha hecho un adecuado trabajo de investigación, si la motivación de su disposición lo refleja, si es congruente con las líneas de interpretación jurídicas, etc.

La separación de controles según su efectividad percibida desemboca en la misma división entre controles jurídicos y procesales y los de gestión vista líneas arriba donde la estructura del control de calidad del trabajo fiscal determinó la juridicialización de sus mecanismos.

Este calce entre estructura y percepción no es casualidad y se muestra ahora aún más importante. Esta distinción recorre la estructura institucionalmente construida para controlar la calidad del trabajo fiscal e influye en la percepción que los fiscales tienen sobre lo que los controla. No es sólo percepción, sino la interpretación de la estructura de los mecanismos de control a través de su eficacia.

A esta forma de percibir los mecanismos de control de calidad del trabajo fiscal la hemos denominado "forma circunscrita", opuesta a la "forma amplia" con la que luego será constatada.

La forma circunscrita se apega a la estructura más básica y elemental que nace de la juridicialización y que se asienta sobre la revisión de calidad a cargo de los fiscales superiores a través de los recursos de elevación de actuados. Esta percepción ocasiona que algunos fiscales acoplen su percepción al control jurídico, validando la idea que el recurso de elevación de actuados es el mecanismo principal y más útil para revisar la calidad del trabajo de los fiscales. Si bien algunos fiscales no niegan la existencia de otros controles, los mencionan como menores y menos importantes.

> *"El control de calidad lo hacen los superiores. Ese es el mayor control que hay. Acá todo es transparente, vienen todas las partes involucradas, y revisan se les notifica todo, ellos también ejercen un control."* (Fiscal de Lima).

Esta posición refuerza la idea de la juridicialización como ventajosa y aleja la responsabilidad de hacer investigaciones adecuadas de aquellos que las producen. Queda claro cuando, por ejemplo, más de un fiscal sugiere que los controles recaigan en controles externos accionados por actores terceros, siendo ellos quienes deben mantenerse preparados, alertas y

actuar en momento oportuno, en lugar que sea en las propias Fiscalías Anticorrupción donde se detecte a tiempo los errores y las deficiencias en las investigaciones que luego producirán una disposición fiscal.

La percepción del control circunscrito no sólo limita el número posible de controles sino que trastoca los fines esenciales del mismo: relaja el control de calidad como objetivo y lo contrapone con transparencia.

No son pocos los fiscales que estiman que el recurso de elevación de actuados tiene una finalidad de transparencia en tanto las disposiciones pueden ser enteramente revisadas por alguien más, sin embargo, la transparencia no es una forma de controlar la calidad de las decisiones de los fiscales, sino una forma de rendición de cuentas y vigilancia ciudadana. Su objetivo es establecer una relación de confianza hacia los ciudadanos respecto de la actuación de una entidad en términos financieros, operativos, estratégicos o, en general, sobre cómo se toman las decisiones; pero difícilmente se dirige a controlar las decisiones de un fiscal y menos la calidad de su trabajo.

La consideración del recurso de elevación de actuados como control para la transparencia guarda relación con su efectividad. Más allá del criterio jurídico, el recurso de elevación de actuados es poco eficaz en controlar la calidad del trabajo fiscal, el cual abarca mucho más que los aspectos concretos contra los que se queja quien interpone dicho recurso. Por ello, esta forma de control es circunscrita no solo por el número limitado de controles que implica sino también por los objetivos que lleva y su capacidad (eficacia) de corrección.

En el otro extremo, se ubican los fiscales que consideran la noción de control detrás de la juridicialización como limitada. Esta posición lleva un componente de autocrítica contra la consideración de la revisión del superior como una fuente de control de calidad pero que por supuesto no refuta su importancia como control jurídico. En sentido opuesto, estiman que los controles a los cuales está sujeta la calidad de su trabajo son amplios, diversos y recaen en diversos actores. Por eso se ha denominado percepción amplia de controles de calidad del trabajo fiscal.

Es importante entender que la percepción amplia de controles se define por el número entendido de controles que existen según los fiscales. Es tanto un tema de eficacia teórica como de disponibilidad de los mismos y cómo a partir de ello se reconfigura en la práctica el esquema de control de calidad del trabajo fiscal y su eficacia.

Desde esta posición, la lista de controles percibidos es amplia, diversa y heterogénea en cuanto a su origen y posibilidad efectiva de control. Además de la elevación de actuados, incluye a la revisión del trabajo del fiscal provincial adjunto de parte de su fiscal provincial, la acción de la Fiscalía Suprema de Control Interno, la evaluación que el Consejo Nacional de la Magistratura efectúa a los fiscales en proceso de ratificación y el control judicial en casos formalizados.

> *"Al interior de la propia entidad, el primer filtro es el criterio del fiscal provincial, el que firma las resoluciones. El criterio se conversa, a veces hay visiones diferentes y una vez que la disposición está expedida no hay una unidad que venga a revisarla. Entonces yo considero que ese control ya le corresponde a las partes o a la Procuraduría, que podrían activar la queja para que el superior revise si está bien la decisión tomada. Ese es el único control que hay ahorita, no hay unidades encargadas de revisar eso salvo el CNM cuando pasas a ratificación o tú mismo postulas para un aumento."* (Fiscal de Lima).

Como evidencian estas citas, el menú de controles no está definido pero es amplio y variado. La percepción de un fiscal es muy distinta a la del otro, incluso siendo del mismo distrito fiscal o de la misma fiscalía. En un sistema tan ordenado procesalmente como el que impone la investigación fiscal, esta dispersión de criterios tiene lógica en la minimización de controles de gestión sobre la calidad del trabajo fiscal y en la maximización de lo jurídico y lo procesal.

Sin mayores lineamientos de política, los fiscales arman su percepción de controles bajo un criterio simple y amplio: cualquier mecanismo con la capacidad de interferir en cómo forman sus decisiones. De allí que solo entendiendo esto sea posible comprender por qué el Consejo Nacional de la Magistratura, entidad que evalúa cada siete años a cada fiscal titular, sea percibido por los fiscales como un mecanismo de control para las investigaciones que realizan diariamente.

Que el número de controles percibidos por los fiscales sea importante es más el reflejo de un problema que un rasgo de efectividad del sistema. Si bien la disponibilidad de mecanismos es amplia, su capacidad de regulación efectiva es baja para los efectos que un óptimo control de calidad debería perseguir: homogenizar la calidad de las investigaciones, diligencias preliminares y disposiciones fiscales. Mayor disponibilidad de controles no es eficacia, así como tampoco es sensación de estar controlado. Son varios los fiscales que abiertamente manifestaron que, pese a la existencia

de medios para controlar su trabajo, el control efectivo es mínimo o en la práctica inexistente.

> *"No hay mecanismos de control de calidad. Solo en el caso del adjunto cuando su provincial le revisa su proyecto. El otro cuando se plantea un recurso de queja que lo debe resolver el superior. Y cuando reciben las visitas de control interno (ordinarias y extraordinarias)."* (Fiscal de Áncash).

> *"No hay medios de control de calidad, al menos a mí nadie me controla mis investigaciones. Eso es criterio de cada fiscal, la sociedad y el Consejo* [Nacional de la Magistratura] *ya se pronunciarán."* (Fiscal de Lima).

La amplitud en la percepción de controles diluye la responsabilidad del fiscal encargado de la investigación y la aleja de sí mismo. El control aparece en un actor tercero además casi siempre externo al Ministerio Público que si bien puede representar una forma de control jurídico, poco puede hacer para llevar a cabo la función de controlar la calidad del trabajo fiscal y todo lo que ello implica: analizar diligencias, velar porque se hagan las diligencias necesarias, orientar adecuadamente el objetivo de las pericias, encargar pericias cuando son necesarias, plantear adecuadamente el pliego de preguntas a investigados y testigos, solicitar la información adecuada a las entidades perjudicadas, etc. Cuando un fiscal en Lima manifestó que *"Las partes pueden interponer excepción de improcedencia y se cae el caso,*[pues] *tienen muchas herramientas para controlar"* estaba en lo cierto pero solo desde un punto de vista jurídico y no de gestión.

Sólo la revisión que hace el fiscal provincial sobre el trabajo del provincial adjunto constituye la única forma de control con características de control de gestión. El alcance del resto de controles incluidos en la percepción amplia apunta más bien hacia lo jurídico. Un caso especial es el control que efectúa la oficina de Control Interno del Ministerio Público pero su alcance es básicamente de revisión de cumplimiento de plazos.

El conjunto de mecanismos de control percibidos como amplio apunta con mucha mayor fuerza a la revisión de la decisión y mucho menos a cómo esa decisión fue en algún momento formada. Representan por tanto un análisis *ex post* a la disposición que en la mayoría de los casos tiene nulas posibilidades de cambiarla. Pasa con 3 de 5 controles: el efectuado por Control Interno, por el Consejo Nacional de la Magistratura y por los jueces.

**Tabla 31**

**Controles de calidad del trabajo percibidos por fiscales**

| Percepción de controles | Circunscrita | Amplia | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Controles percibidos** | **Elevación de actuados** | **Elevación de actuados** | **Control de calidad del trabajo entre fiscales** | **Fiscalía Suprema de Control interno** | **Ratificación por CNM** | **Control judicial** |
| **Alcance** | Jurídico | Jurídico | Jurídico y plazos | Plazos | Jurídico | Jurídico |
| **Responsabilidad** | Alejada del fiscal | Alejada del fiscal | En el entorno fiscal | Alejada del fiscal | Alejada del fiscal y del Ministerio Público | Alejada del fiscal |
| **Accionamiento por...** | Terceros (fiscal superior, impulsado por denunciantes) | Terceros (fiscal superior) | Terceros (fiscal provincial) | Terceros (fiscal de control) | Terceros (consejeros) | Terceros (jueces) |
| **Finalidad** | Control, transparencia | Control | Control | Control | Control | Control |
| **Temporalidad** | Ex post | Ex post | Durante | Ex post | Ex post | Ex post |
| **Posibilidad de corrección de decisión de archivo** | Existe | Existe | Existe | Existe | No existe | No existe |
| **Cobertura** | 37% de denuncias | 37% de denuncias | Pocas denuncias | Muy pocas denuncias | Carpetas fiscales seleccionadas | Solo investigaciones Formalizadas |
| **Efectividad** | Baja | Baja | Media | Baja | Baja | Baja |

FPA: fiscal provincial adjunto; FP: fiscal provincial
Fuentes: Trabajo de campo y entrevistas con fiscales.
Elaboración propia.

Lo que estas formas de control de calidad del trabajo fiscal dejan de lado es la posibilidad de analizar, criticar y corregir la planificación y el proceso mismo de investigación para cada una de las denuncias que llegan a las Fiscalías Anticorrupción. Son poco eficaces para tales fines y así los archivos inadecuados no son reparables.

Circunscrita o amplia, la percepción de los mecanismos de control se asienta sobre su disponibilidad y su supuesta eficacia. Parece haber sensación de control. Pero la percepción no construye ni define tal eficacia. Pese a que hemos identificado hasta 5 controles, incluso su efectividad conjunta es baja. Se crea una falsa sensación de control que se contradice con cómo en efecto funcionan estos mecanismos.

### 2.3. El Sistema de Gestión Fiscal: Beneficios e incentivos negativos

El Ministerio Público cuenta con un sistema informático que registra información diversa sobre la tramitación de las denuncias que reciben sus fiscalías. Tiene por objeto la verificación de los niveles de productividad (cantidad de casos resueltos sobre casos asignados según período y áreas funcionales de trabajo), los niveles de productividad laboral (cumplimiento de la jornada laboral en el personal fiscal y asistentes), el cumplimiento de los plazos procesales (casos resueltos dentro de los plazos legales establecidos), los niveles de transparencia en la actuación fiscal (incidencias de quejas e indicios de corrupción) y la realización del trabajo del Fiscal Superior Coordinador (organización y planificación de los despachos corporativos).[116]

El Sistema de Gestión Fiscal (SGF) también es conocido entre los fiscales como el "semáforo": un módulo del SGF que siguiendo los colores del semáforo advierte a los fiscales sobre cada investigación que tienen asignada. Le asigna el color verde para las investigaciones dentro del plazo legal, ámbar a las cercanas al vencimiento del plazo y rojo a las que tienen el plazo vencido.

El "semáforo" del SGF se ha vuelto en la práctica más importante que el resto de sus funcionalidades. Con ello, parece desvalorarse el potencial de explotación estadística del SGF, además de contar con algunos otros problemas en su funcionamiento ligados a la forma en que los casos son contabilizados (todo caso vale como 1 para las estadísticas al margen de su complejidad) y en que los tiempos son calculados.

116 Citado por PÉREZ GÓMEZ, José Domingo. "Malas prácticas en el NCPP: El problema del Sistema de Gestión Fiscal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 34, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 278.

Los inconvenientes del SGF están relacionados con su diseño pero esto no es más que la consecuencia de una cultura organizacional que ha dificultado la toma de decisiones en información estadística procesada y que debería generarse automáticamente. Como ejemplo, para peculado y colusión no es posible conocer con precisión el número de denuncias ingresadas por delito pues el sistema duplica las denuncias con más de un delito o las agrega en el primer delito registrado en la denuncia. El cálculo se debe hacer manualmente.

Como herramienta, el SGF es necesario. Tiene una larga lista de beneficios derivados del buen uso de las estadísticas agregadas e individuales que produce cada Fiscalía Anticorrupción y cada fiscal. Pero al ser desaprovechado, el sistema es reducido por los fiscales a un "semáforo", convirtiéndose en la herramienta fundamental para el control de plazos en el Ministerio Público.

La importancia y la fijación sobre la eficacia que le han dado la Fiscalía Suprema de Control Interno y las fiscalías de coordinación han hecho que generen incentivos negativos para acelerar las investigaciones en desmedro de la calidad de las mismas. En efecto, como señaló un fiscal, el SGF "[...] ha ocasionado es que se hagan malas investigaciones, más en provincias que en Lima, pues más estás pendiente en cumplir con ese "semáforo" que en hacer bien la investigación". Tiene por tanto efecto directo sobre la problemática de los archivos inadecuados.

Dentro del SGF, la demora se asocia a sanción. El incentivo es tal, a la vez que la complejidad y la dificultad de investigar una denuncia en los plazos previstos, que paradójicamente ha dado lugar a respuestas diametralmente opuestas en los fiscales: archivar denuncias reduciendo la calidad de las investigaciones pero también restarle importancia al control de tiempos y sus posibles sanciones. En el primer caso, el archivo es inminente y en el segundo además de la vulneración de derecho a un proceso rápido se regresa a la lógica del antiguo modelo penal donde no regían plazos para la investigación fiscal.

### 2.3.1. Limitada visión estratégica del SGF

Es relativamente común la brecha entre los beneficios de sistemas como el SGF y las necesidades de los usuarios y el uso efectivo que le dan. En este punto hay un problema operativo pero sobre todo estratégico que redunda en la incomprensión de la utilidad teórica del sistema y sus beneficios prácticos.

De un lado, sistemas como el SGF requieren el registro de información en volumen importante. Hay que alimentar al sistema en forma constante para ir dejando registro de tiempos, etapas por las que pasa el caso, insertar resúmenes de algunas disposiciones, señalar las disposiciones emitidas, adjuntar documentos, etc. Este ingreso de información consume tiempo y horas del personal fiscal que podrían ser dedicadas más productivamente a avanzar con otras tareas que justamente permitirían avanzar con algunas investigaciones atrasadas.

Del otro lado, es bastante común que quienes ingresan la información al sistema entiendan muy poco sobre por qué es necesario ingresar tanta información. El ejercicio mecánico y aparentemente poco productivo de ingresar datos de cada carpeta se condice con el poco uso que efectivamente se le da. Muchos sistemas informáticos tienen sesgos en su uso y el SGF no es la excepción.

Centrado en el control de plazos por instancias de control, el SGF es reducido en la práctica a un sistema que principalmente calcula y presenta resultados de una única operación matemática: calcular el tiempo transcurrido entre el inicio del caso y la fecha actual. Esta información se puede obtener por fiscal, fiscalía, distrito fiscal, estado del proceso, pero en esencia sigue siendo lo mismo. Es el cálculo del plazo transcurrido.

El sesgo en el uso del SGF es proporcional a su desaprovechamiento como herramienta de gestión. Actualmente el ingreso de información al SGF sirve más como registro de información del caso que como medio de consulta especializado para obtener estadísticas útiles del trabajo de cada fiscal y de cada Fiscalía Anticorrupción, para así planificar y tomar decisiones estratégicas.

Cada distrito fiscal sólo tiene acceso a sus propias estadísticas y además a un paquete no completo de las mismas. Nadie, puede, por ejemplo, compararse con los estándares de cumplimiento de plazos en La Libertad, distrito judicial a los que muchos fiscales toman como modelo de implementación del NCPP. Sólo la Gerencia de Estadística y la de Informática del Ministerio Público pueden generar esta información.[117] Si un fiscal desea conocer el estado de su distrito fiscal en términos de cumplimiento de plazos no tendría más opción que solicitar la información por vía escrita a estas unidades y esperar la respuesta en lugar de acceder directamente desde el SGF a la misma.

117 Fue a la primera de estas unidades a la que, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo le solicitó información sobre archivo de investigaciones para varios distritos fiscales.

Esta misma limitación de acceso a información para fines comparativos se da al interior de cada distrito fiscal. Sólo los fiscales coordinadores tienen acceso a las estadísticas de todos los fiscales. Ningún fiscal se puede comparar más que consigo mismo, algo bastante útil sin dudas pero a la vez limitado.

El nivel de acceso de las unidades centrales del Ministerio Público para la producción de estadísticas más detalladas crea una dependencia de los distritos fiscales hacia ellos que termina adaptándose y al mismo tiempo reforzando el limitado uso y explotación de las estadísticas para la toma de decisiones. A esto se suma que son pocos los fiscales y asistentes en función fiscal que habría recibido capacitación sobre el uso del SGF.

Así, la única información que en apariencia se necesita en cada distrito fiscal (cumplimiento de plazos) termina siendo la que se recoge. Parecería necesario, por tanto, potenciar la visión estratégica del SGF de tal suerte que establezca indicadores claves de eficiencia (diligencias programadas, frustradas y reprogramadas, número de diligencias por fiscal, pericias ordenadas y realizadas, etc.), tiempos (duración de cada una de las etapas de la investigación preparatoria, del inicio y fin de cada diligencia, etc.), complejidad del caso (según el NCPP y según criterios en cada distrito fiscal) u otros que en forma predeterminada y automática sean producidos por el mismo SGF al nivel de cada fiscal, Fiscalía Anticorrupción y distrito fiscal en cualquier momento en el tiempo y por cualquier funcionario en el subsistema anticorrupción.

Varios de los indicadores del párrafo anterior son posibles de calcular con el actual SGF, pero no en forma automática. Toman tiempo y trabajo. Es necesario bajar la base de datos del SGF que almacena el sistema (muchas veces en archivos separados que luego hay que fusionar), trasladarla a programas para procesar estadísticas y recién ahí trabajar la información como una base de datos única.

Hay situaciones más complejas. Si se quiere conocer la duración de los casos de peculado, por ejemplo, la complicación es mayor y el cálculo termina siendo prácticamente manual y difícilmente exacto. Uno de los problemas del SGF es que no arroja información directa por delito. El sistema solo registra un delito por denuncia, lo que ocasiona que se pierdan incidencias o que se dupliquen. Producir la información de cualquier indicador por delito tiene un margen de error implícito pese a ser estadísticas oficiales y censales. Estos problemas evidencian inconvenientes de diseño original del sistema, pero no en el sentido técnico sino estratégico.

Con el antiguo Código no había regulaciones sobre cuánto debían durar las investigaciones. Los sistemas informáticos no se caracterizaban precisamente por su orden y su uniformidad. El SGF ha resultado ser un gran avance y así lo reconocen los fiscales ya que sienten, como señaló un fiscal, que los "disciplina y obliga a llevar un mejor seguimiento de los casos que están por vencer".

Pero pasar a un sistema con el NCPP donde hay plazos que controlar ha variado fuertemente los estándares e incentivos para medir la calidad de un fiscal. El sesgo a la eficacia se ha reducido a cumplir tiempos y menos a ganar casos. Y justo ahí está el inconveniente. El seguimiento a los plazos incentiva la organización fiscal para evitar la sobrecarga de investigaciones fuera de los plazos, en lugar de usarlo como herramienta de gestión fiscal de casos desde su ingreso. para organizar tiempos, dirigir recursos y monitorear tiempos parciales de la investigación, entre otros aspectos.

> *"Por otro lado,* [el SGF] *permite almacenar las disposiciones, entonces cuando yo voy a resolver un caso lo hago de corte y confección, pero eso no quita el análisis. Es positivo, por mí me lo llevaría en mi Tablet. Con eso ya no te pierdes, permite planificar el tiempo. Permite ordenar, organizar mejor el trabajo fiscal."* (Fiscal de Junín).

> *"Con el SGF la gente está preocupada por el control, se pone más diligente se organiza mejor y concluye sus investigaciones, yo pienso que es importante el semáforo."* (Fiscal de Lima).

Paralelamente, parece claro que la información estadística que se produce y recibe está sub-explotada. Los anuarios estadísticos del Ministerio Público presentan información general y aunque cuentan con información más detallada, aún no reflejan nítidamente una cultura de transparencia y rendición de cuentas que lleve a publicar, por ejemplo, la duración promedio de la investigación en cada distrito fiscal, el nivel de archivo, el porcentaje de archivos liminares, el porcentaje de casos ganados en juicio oral, el número de pericias ordenadas y realizadas, entre muchas otras que podrían incluso cruzarse y compararse por distrito fiscal para efectos de conocer más al subsistema anticorrupción, identificar puntos débiles y sugerir cambios.

El SGF se ha posicionado como una herramienta de control y reporte básico en el sentido más estricto de estos conceptos. Los fiscales saben que controla la duración de sus investigaciones y que puede haber sanciones si los incumplen. Sirve además para emitir los reportes estadísticos básicos que ayudan a la toma de decisiones pero que resultan cortos para la

potencialidad de explotación de la información cotidianamente registrada en el SGF.

### 2.3.2. Problemas con el funcionamiento del SGF

Como herramienta, el SGF es necesario. Pero no ha estado libre de algunos problemas que limitan su buen uso y aprovechamiento. A continuación se hace referencia a algunos que afectan directamente el trabajo fiscal, la forma en que se lo mide y el impacto en los plazos.

El primer inconveniente con el SGF, al tiempo de realizarse este estudio, es que considera a todo caso como equivalente. Un caso simple de cohecho es igual que uno complejo de colusión. El SGF asigna un indicador de eficiencia –no eficacia– tan igual al archivo de la denuncia de cohecho como a la sentencia condenatoria de un funcionario público por el delito de colusión obtenida en un proceso complejo. En ambos casos el valor determinado equivale a *"un caso resuelto"*, pero con la diferencia que en el primero probablemente demandó al fiscal menos de veinte días, y en el segundo le tomó un plazo mayor al año. Consecuentemente, el nivel de eficiencia del fiscal crecerá si decide archivar más casos en menor tiempo, en lugar de buscar una condena penal ejemplificadora en un caso complejo. De esta manera se alienta poco la labor del fiscal de proseguir las investigaciones que demanden el empleo de plazos mayores.[118] La distribución de expedientes entre los fiscales no guarda estrictos parámetros de aleatoriedad, algo además bastante difícil de lograr por la dispersión de tipos penales, la disparidad entre los del mismo tipo y las denuncias por más de un delito. Ello ha generado que en la práctica, algunos fiscales terminen especializándose como consecuencia de la acumulación no intencional de denuncias de un mismo tipo.

La figura de un fiscal que ve cohechos y otro que ve colusión, no es muy lejana a la realidad de las Fiscalías Anticorrupción. Ambos son evaluados bajo el mismo criterio cuantitativo que se asigna a todo caso, y el mismo peso en las estadísticas. Los plazos legales son iguales para toda investigación, lo que hace que el control de plazos no sea del todo justo para ciertos fiscales o en general para ciertos casos más complejos.

Hay una forma alternativa de recalcular la carga de un fiscal y hacer la comparación más justa con otros fiscales. El NCPP define qué es una investigación compleja, pero esta calificación solo debería aplicar a investigaciones formalizadas. Al nivel de las diligencias preliminares

118 Citado por PÉREZ GÓMEZ, José Domingo. Op. Cit., p. 279.

hace falta contar con criterios propios para distinguir casos simples de aquellos que no lo son. Un punto de inicio es la propia definición del NCPP sobre casos complejos, a lo que podría agregarse otros criterios más. Esta necesidad no es nueva y se ha mostrado como evidente para muchos fiscales.

El segundo inconveniente es mayor y se deriva del anterior. Para el SGF, la producción fiscal incluye a todo caso, al margen de su complejidad y de la forma en que haya terminado[119]. Para las estadísticas un archivo liminar cuenta tanto como un archivo con diligencias preliminares o uno donde se obtuvo sentencia en juicio oral. Producir más es lo deseado, pero se mezcla con cargas de trabajo diferentes para casos archivados y no archivados.

El tercer inconveniente del SGF confronta la concepción misma del subsistema o, mejor dicho, la corporativización. El SGF parte de una perspectiva individual reñida con el concepto de unidad propio de cómo debería relacionarse el personal de una misma fiscalía (fiscal provincial con los fiscales provinciales adjuntos): la asignación de casos en el SGF es personal y no en equipo. La exigencia por el cumplimiento de plazos, a la que está sesgado el uso del SGF, se hace igualmente a nivel individual.

La contabilización de los tiempos es también un problema técnico simple que complica largamente a los fiscales. Hasta el 2013, el SGF contaba los plazos en función de días hábiles y no naturales tal como establece el NCPP.[120] Este cambio generó malestar en los fiscales porque en el SGF el conteo de plazos avanzaba más rápido ocasionando su vencimiento adelantado en forma indebida.

No todos los problemas de contabilización de tiempos han sido solucionados. En algunos casos la solución no es tan simple. El SGF asigna dos días útiles para la calificación de una investigación. Si el fiscal desea archivar liminarmente, lo deberá hacer teóricamente en ese plazo. Si el fiscal decide iniciar la investigación debería hacerlo en ese mismo plazo. La carga de trabajo, la complejidad de muchas denuncias y la extensión de las mismas hace que este plazo sea difícil de cumplir.

119 No obstante esta realidad estaría próxima a cambiar en el SGF, según lo manifestado en las reuniones de trabajo dedicada a validar algunos aspectos de la investigación.

120 Según lo informado por el Equipo Técnico de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal del Ministerio Público actualmente el plazo computado por el SGF es de días naturales

> *"El SGF es un sistema esclavizante. Si llega una carpeta pesada, no hay como calificarla en dos días. El SGF no refleja bien lo que realmente lo que se viene trabajando."* (Fiscal de Lima).

La incomodidad de los fiscales es esperable y su reacción no es neutra. No cumplir con el plazo puede generar un llamado de atención o una sanción mayor,[121] así que mientras algunos fiscales optan por tener una valla alta para la calificación –y por tanto terminan archivando liminarmente algunas denuncias– otros estiman que lo mejor es "salir del paso" pasando a la siguiente etapa e iniciar diligencias preliminares para no complicarse tan pronto con una posible llamada de atención o sanción de parte de la Fiscalía Suprema de Control Interno.

> "[El SGF] *es útil en el sentido de que te da marcos referenciales para ver lo que está pasando en las investigaciones, pero sí debería actualizarse y cambiarse en algunos aspectos. En primer lugar, ese sistema nos pone 2 días para calificar lo cual es materialmente imposible* [...]. *Eso estresa al fiscal y lo obliga a abrir investigación por abrir para salir del paso."* (Fiscal de Lima).

> *"No me ayuda, el SGF es pésimo. El tema de la calificación de denuncia, y si pasan 2 días hay sanciones. O el hecho de llamar a un denunciante a declarar para aclarar una denuncia, antes de saber si la archivaba liminarmente llamaba al denunciante a aclarar su denuncia. El SGF no debería ser tan taxativo, debería permitir que el plazo deje de correr apenas uno cuelga una providencia u otra disposición. Pero no lo hace, entonces se opta por abrir diligencias preliminares."* (Fiscal de Lima).

La misma situación se da en dos casos adicionales que, en general, ejemplifican la limitada flexibilidad del SGF para incorporar escenarios distintos: La primera se da cuando el fiscal considera necesario realizar actuaciones mínimas para esclarecer las denuncias ambiguas o confusas. Lo ideal es llamar al denunciante para que aclare su denuncia. Eso toma tiempo, evidentemente más de los dos días de calificación previstos por el SGF que, una vez superados, abren la posibilidad de sanción por el mal manejo de tiempos en una denuncia que probablemente luego deba ser archivada.

121 La Ley Nº 29574 modifica los artículos 34º y 47º de la Ley de la Carrera Judicial y el artículo 94.2º de la Ley Orgánica del Ministerio Público estableciendo como falta grave el incumplimiento de los plazos legales.

> *"Otro defecto también es que generalmente cuando vienen denuncias lo ideal es que el fiscal califique y abra investigación preliminar. Pero hay casos donde ni siquiera hay imputados claros, ni está claro qué delitos se han denunciado. Entonces hay que llamar al denunciante a que aclare su denuncia. El sistema no reconoce la declaración previa a la calificación del denunciante como una diligencia anterior a la apertura de diligencias preliminares. Hay gente que no sabe o denuncia por fregar, entonces ahí debería haber un previo* [diligencia previa] *para saber si vale la pena o no abrir investigación. En esos casos abrimos diligencia no más. No queda de otra, el SGF no te da otra."* (Fiscal de Lima).

El segundo caso guarda relación con las solicitudes de ampliación de plazo de investigaciones formalizadas que el fiscal solicita al juez para casos complejos. Un fiscal indicó que luego de 8 meses de investigación pidió seis más. Pero, como en la investigación faltaban algunos datos, pidieron dos meses de plazo adicional para lo que debió recurrir al juez, quien citó a audiencia para dentro de treinta días. El juez no concedió la prórroga, y el fiscal apeló, resultando en la revocación de la decisión. Durante todo este tiempo, el SGF no cesó de contar los días. Si bien en términos efectivos el tiempo corrió, el juez reinició su investigación con el "semáforo" del SGF en rojo.

### 2.3.3. El SGF y los incentivos no deseados

El SGF por sí mismo no genera ningún incentivo para archivar indebidamente una denuncia. Lo crean los actores alrededor suyo y cómo éstos crean reglas formales e informales que generan posibles sanciones. Líneas arriba mencionamos que la Fiscalía Suprema de Control Interno tiene un enfoque que privilegia el control de plazos por encima de la calidad de la evaluación fiscal. La misma lógica la aplican los fiscales coordinadores quienes controlan en forma más frecuente el cumplimiento de plazos. Hay fiscales a favor de este tipo de controles y otros que los critican por ser el único aspecto en evaluación.

El tema de fondo es que dichos incentivos introducen desbalances en dos variables en competencia –el cumplimiento del plazo y la calidad de las investigaciones– cuyo resultado es una mayor probabilidad de archivar una denuncia, conclusión que no intuimos sino que hemos identificado en el análisis de las disposiciones y que además es reconocido abiertamente como tal por los propios fiscales.

> *"*[El SGF] *Sirve porque lleva un control en cuanto a los plazos y te guía y te sujeta a ese plazo. Pero lo malo es la presión que ejerce por el temor*

*de ser sancionado. Eso en cuanto a la calidad dificulta porque tienes que sacar el caso sin tener en cuenta la calidad del caso."* (Fiscal de Áncash).

*"El SGF es un fracaso. No está establecido en una norma ni siquiera su incumplimiento puede generarnos sanción. Lo que ha ocasionado es que se hagan malas investigaciones, más en provincias que en Lima. Pues más estás pendiente en cumplir con ese semáforo que en hacer bien la investigación."* (Fiscal de Lima).

*"Estresa, la cuestión de plazos estresa, lamentablemente no ayuda. Todos se ponen al día para evitar el rojo, pero dejan de lado la obligación de sentarse para hacer un buen trabajo y la investigación que está implicada. No debería existir el SGF, te mandan memorándum, pero debería bastar con el control de las partes."* (Fiscal de Lima).

El SGF, como señaló un fiscal, "[...] funciona como mecanismo de coerción a los fiscales, es como el 'San Martin' de la Fiscalía". Se castiga el incumplimiento de los plazos pero no se premia investigar dentro de éstos. Esta lógica asienta la concepción del SGF como una herramienta de presión que castiga en lugar de proporcionar soporte al fiscal (personal de apoyo, colaboración de otros fiscales en diligencias, por ejemplo) cuando es notorio que su carga, la complejidad de sus casos u otros factores hacen que le sea imposible cumplir a tiempo con sus investigaciones.

*"Para nosotros no debe ser un motivo de llamada de atención. A veces se me ha pasado y lo soluciono. Pero debe ser más que nada una ayuda y no un motivo de apuro como a veces muchos lo ven porque a veces se puede pasar cinco días pero amplío la investigación, o formulo la acusación."* (Fiscal de Lima).

*"El coordinador pasa los reportes que tienen plazos vencidos en rojo en público y eso da cierta vergüenza. También me da cólera notar que los plazos no alcanzan y eso escapa a mi control."* (Fiscal de Lima).

Así como el SGF no se emplea para apoyar a los fiscales a cumplir con sus casos en atraso, tampoco se lo usa bajo una lógica de prevención que contenga la cantidad de investigaciones que se cierran fuera de plazo. Esto es consecuencia, nuevamente, de la priorización de la eficacia por encima de la calidad del trabajo fiscal, así como la laxitud de los controles dirigidos a evaluar este último factor. Son aspectos de gestión que, si bien no es lo ideal, pueden ser desarrollados en forma independiente a los lineamientos de política. Es cuestión de voluntad pero también de visión estratégica.

Los incentivos no perduran por siempre en el tiempo. Tendrán vigencia en la medida que el monitoreo y la sanción sean constantes, y que éstas últimas sean efectivas. Pero por encima de todo, los incentivos negativos al archivo de denuncias en desmedro de la calidad de las investigaciones, perdurarán siempre y cuando se cumplan dos factores.

Primero, que quienes incumplan el plazo de las investigaciones sean relativamente pocos pues, en el caso contrario cuando todos rompen la norma de plazos, sancionar a todos puede convertirse tan efectivo como sancionar a ninguno. El costo de incumplir los plazos se interioriza en el accionar cotidiano y se asume como parte natural del trabajo convirtiéndose en un efecto colateral difícil de evitar. Se interioriza el costo de archivar y se continúan incumpliendo los plazos.

> *"Con todas las dificultades que tenemos, a nosotros los plazos a veces nos resultan insuficientes y por la misma complejidad del tema a tratar, porque si antes nos preocupábamos de que hubiesen algunos en rojo –pero no muchos ahora– sabemos que no hay nada que hacer y solo seguimos investigando."* (Fiscal de Áncash).

> *"No influye mucho. No le doy mucha bola al sistema. Puedes tener días rojos y nadie te dice nada, no se levantan actas, no hay control a partir del mismo. No hay control inmediato de nuestros coordinadores, por eso no es tan importante."* (Fiscal de Áncash).

Segundo, que la carga de casos sea controlada con lineamientos de política transformados en herramientas de gestión para distribuir la carga procesal en forma homogénea, asignar casos por complejidad, crear equipos de apoyo para despachos con alta carga y en general implementar medidas para acelerar las investigaciones y reducir la dilación por ineficiencia (falta de recursos, peritos, etc.). De acuerdo a la Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final del actual Manual, se indica que mediante Resolución de Fiscalía de la Nación Nº 434-2014-MP-FN del 4 de febrero de 2014 se conformó la Comisión de Adecuación y Actualización del "Sistema de Gestión Fiscal" encargándosele la adecuación del sistema informático a la organización y funciones contenidos en el nuevo manual; por lo que se vislumbran cambios en el sentido arriba descrito.

El potencial del SGF es amplio y es claro que puede potenciarse como una herramienta estratégica de importancia, más allá del mero control de plazos. El SGF debe retroalimentar a fiscales, Fiscalías Anticorrupción, la Fiscalía de la Nación y el resto de instancias a las que la información del trabajo fiscal les puede ser útil.

En efecto, como indicó un fiscal, "hay distritos judiciales que ya no lo consideran pero acá viene Control Interno y lo primero que dice es el "semáforo", lo pide mensualmente y a veces semanalmente". Así, el mayor riesgo con el SGF no está en seguir usándolo, sino en relegarlo y convertirlo en una herramienta cada vez menos usada y prescindible.

Así, en la práctica se evidencia que la SGF es una herramienta sub utilizada como control de plazo que sirve para sancionar.

# CAPÍTULO IV

# LA INCIDENCIA DE ACTORES CLAVE EN LA LABOR FISCAL: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN

En torno al análisis de las denuncias por peculado y colusión, existen dos actores clave que por sus facultades legales, y su participación antes y durante la investigación preparatoria, juegan un rol estratégico, tanto en la persecución del delito como en la posible sanción de los culpables. Estos actores son la Contraloría y la Procuraduría Anticorrupción.

Empero, no son los únicos actores importantes, también se encuentra la Dirección Contra la Corrupción perteneciente a la Policía Nacional del Perú. Sin embargo, específicamente para los casos de peculado y colusión en diligencias preliminares, los fiscales –de manera excepcional– no recurren a ésta. Ello debido a que estos delitos suelen exigir competencias técnicas que usualmente no están desarrolladas en el personal policial. Asimismo, la desconfianza hacia ellos reduce también su participación en dichas investigaciones, debido que los fiscales prefieren no perder control sobre sus casos y, administrar directamente la realización de las diligencias preliminares. En cambio, sucede lo contrario con otros delitos, donde la Policía sí tiene mucha experiencia, como los operativos referidos a los casos de cohechos.[122]

Otra institución que cumple un rol importante en torno a los delitos de peculado y colusión es la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia, cuyo rol se orienta a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de las personas, a través de un servicio gratuito de asistencia legal. Sin embargo, su rol es bastante particular. Son pocos e intervienen principalmente en la etapa de juzgamiento, lo que los deja por fuera de nuestro objeto de estudio (investigación en diligencias preliminares) y del análisis siguiente. Pero,

122 No se incluye a la Dirección Contra la Corrupción debido que el delito de cohecho no forma parte de la presente investigación.

por sobre todo, juegan un papel tan paradójico como controversial: desde su rol de funcionarios públicos, los defensores pueden encontrarse en la peculiar posición de patrocinar intereses de acusados por corrupción ante fiscales y jueces que, al igual que estos abogados del Estado, forman parte del subsistema encargado de procesar y sancionar los delitos de corrupción de funcionarios.[123] Se suma a esta paradoja un hecho adicional: en el marco de la implementación del NCPP los defensores públicos en lo penal han recibido más capacitaciones que los mismos fiscales. En juicio oral, por tanto, no es raro que su desempeño sea no solo bueno sino incluso mejor que el de los fiscales, según las declaraciones de éstos.

*Los mejores capacitados en el sistema del NCPP son los defensores públicos. La cantidad e capacitaciones que hace su secretaría técnica en año, hasta pasantías son muy superior a lo que hace el MP, PJ y nosotros. A nosotros no nos han capacitado nunca con el NCPP. Ha habido hace poco una capacitación para procuradores pero no para ellos. Y saben utilizar las herramientas en audiencia que ni siquiera el fiscal puede rebatirla en audiencias. La principal deficiencia en la fiscalía es la falta de capacitación. además, en acuerdos (Procurador de Ayacucho).*

### 1. Rol estratégico de la Contraloría en las diligencias preliminares en delitos de colusión y peculado

La Constitución establece que la Contraloría General de la República es la institución a cargo del Sistema Nacional de Control, el cual está diseñado para supervisar, entre otras cosas, que el presupuesto del Estado se ejecute dentro del marco legal.[124] En consecuencia, está facultada para realizar "acciones de control" en cualquier entidad pública, para lo cual su personal técnico especializado examina los actos de gestión vinculados a la disposición de recursos públicos.[125]

123 Y ello es así porque si bien el objetivo del Sistema de Defensa Pública es asegurar el derecho de defensa de las personas de escasos recursos económicos (artículo 15º de la Ley Nº 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública y artículo 2º de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-2009-JUS), lo cierto es que los defensores públicos también deben asumir la defensa técnica de procesados cuando lo requiera así el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público, y ello, ante la renuncia a la defensa del mismo procesado (artículo 14º de la Ley Nº 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública y artículo 8 de su Reglamento).

124 Artículo 82º de la Constitución: La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. [...]

125 Artículo 10º de la Ley Nº 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.- La acción de control es la herramienta esencial del Sistema, por la cual el personal técnico de sus órganos conformantes, mediante

Como resultado de las mismas, la Contraloría emite informes, donde se determinan responsabilidades a los funcionarios, y se les atribuyen las irregularidades encontradas.[126] La Ley le confiere a la Contraloría la posibilidad de opinar sobre la naturaleza de estos ilícitos, señalando si tienen carácter administrativo-funcional, civil o penal.[127] Estos dos últimos informes se denominan "informes especiales".[128] Específicamente, respecto al informe especial –de naturaleza penal– este será remitido a las Fiscalías Anticorrupción para que inicien, si lo creen conveniente, las diligencias preliminares de investigación. De esta manera, la fiscalía tiene la ventaja de poder iniciar una investigación con una cantidad mucho mayor de información sustentatoria en relación a las denuncias de parte. Por esta razón, los fiscales entrevistados reconocen de manera unánime la importancia que tienen los informes de Contraloría en estas investigaciones, indicando que los casos que cuentan con estos informes tienen más probabilidades de terminar con una condena.

### 1.1. Ventajas estratégicas de los informes de la Contraloría que encuentran responsabilidad penal

Desde el punto de vista estratégico, la Contraloría cuenta con una serie de importantes ventajas en la realización de sus acciones de control, tales como la posibilidad de realizar auditorías a través de empresas privadas a entidades estatales, tomarle declaraciones a los involucrados (pudiendo recurrir incluso a los apremios propios de la citación a testigos), solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario o tributario y contrastar la información que recopile con las declaraciones juradas de cada funcionario público que tiene en su poder. Puede también –debe más bien– mantener en el anonimato la identidad de las personas que denuncien un hecho determinado, sin necesidad de que concurran circunstancias especiales

---

la aplicación de las normas, procedimientos y principios que regulan el control gubernamental, efectúa la verificación y evaluación, objetiva y sistemática, de los actos y resultados producidos por la entidad en la gestión y ejecución de los recursos, bienes y operaciones institucionales [...]

Como consecuencia de las acciones de control se emitirán los informes correspondientes, los mismos que se formularán para el mejoramiento de la gestión de la entidad, incluyendo el señalamiento de responsabilidades que, en su caso, se hubieran identificado.

126 Para mayor alcance sobre el contenido del informe, ver: NAGU 4.10 de la Resolución de Contraloría Nº 309-2011-CG, que modifica las Normas de Auditoría Gubernamental (NAGU), publicada en el diario oficial El Peruano, el 29 de octubre de 2011.

127 Artículo 11º de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Respecto a la definición de la responsabilidad administrativa funcional, civil y penal, ver la Novena Disposición Final de esta Ley.

128 Según la NAGU 4.50: Informe especial aprobada mediante Resolución de Contraloría Nº 012-2002-CG del 21 de enero de 2002.

de riesgo.[129]Incluso, se encuentra facultada a contratar a diversos profesionales y/o especialistas que posean idoneidad, conocimiento y experiencia en determinado campo técnico distinto al ejercicio de la auditoría gubernamental.[130][131]

Sin duda la que más utilidad le puede generar a un fiscal anticorrupción es la facultad de acceder –en cualquier momento– a la documentación interna de una entidad pública o privada investigada sin limitaciones temporales y sin importar si la información es secreta.[132] Aun cuando un fiscal logra conseguir la información de la entidad a la que pertenece el investigado, el tiempo que tiene para analizarla siempre estará limitado por el plazo máximo de duración de la investigación preparatoria. La Contraloría no tiene este inconveniente aunque, como veremos más adelante, esto también puede generar algunas dificultades para las investigaciones de las Fiscalías Anticorrupción.

De esta manera, el resultado final es que la Contraloría tiene importantes herramientas para realizar indagaciones sin contar con mayores limitaciones temporales, lo cual generalmente se refleja en la calidad de

129 De acuerdo al literal a) del artículo 8º de la Ley Nº 29542, Ley de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y colaboración eficaz en el ámbito penal, del 21 de junio de 2010, calificada la denuncia por la instancia correspondiente, se procede a otorgar al denunciante la reserva de su identidad. Para ello se asigna un código de identificación a la persona denunciante y se implementan las demás medidas necesarias que establezca el reglamento. En tanto, el Decreto Supremo Nº 038-2011-PCM, Reglamento de la Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal en su artículo 10º, literal a) regula el procedimiento a seguir. Similar criterio se sigue en el acápite 5.4 de la Directiva Nº 006-2011-CG/GSND "Sistema Nacional de Atención de Denuncias", aprobada por Resolución de Contraloría Nº 184-2011-CG al regular la protección y beneficios que se brindará al denunciante

130 Véase: Normas de Auditoría Gubernamental 1.50, "Participación de profesionales y/o especialistas". Publicadas en el diario oficial El Peruano el 26 de setiembre de 1995, aprobadas por Resolución de Contraloría Nº 162-95-CG. Disponibles también en: https://apps.contraloria.gob.pe/wcm/publicaciones/principales_disposiciones_emitidas2012/pdf/RC_162_95_CG.pdf, fecha de visualización el 24 de abril de 2014.

131 Si bien el análisis del presente estudio se realiza bajo la regulación de las normativas de control aún vigentes (terminología, definiciones, procedimientos, etc.); sin embargo, mediante Resolución de Contraloría Nº 273-2014-CG del 12 de mayo de 2014 se ha aprobado un nuevo marco regulatorio rector y básico para la apropiada organización y actuación técnica profesional de los servicios de control gubernamental, cuya aplicación se efectuará de manera progresiva. Este nuevo marco legal dejará sin efecto las NAGU, MAGU, entre otras Guías que regulan el ejercicio del control gubernamental.

132 Artículo 22º de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.- a) "Tener acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos; así como requerir información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades; siempre y cuando no violen la libertad individual ".

los informes que son remitidos a la Fiscalía Anticorrupción. Normalmente estos documentos facilitan el trabajo de los fiscales y permiten superar el filtro de las diligencias preliminares y la formalización de la investigación, como la mayoría de magistrados del Ministerio Público lo reconoce.

A pesar de esto, la jurisprudencia publicada no registra muchas ejecutorias supremas, correspondientes a los delitos de colusión o peculado, en las que se haya anulado una absolución o confirmado una condena debido o gracias, entre otras cosas, a que el expediente contenía un informe de la Contraloría. Los casos de este tipo existen,[133] pero no son tantos como se podría suponer.

Ahora bien, más allá de que los fiscales reconocen la utilidad de los informes de la Contraloría, existen también algunas deficiencias en éstos y en el accionar de la propia Contraloría que conviene referir.

### 1.2. Ausencia de un criterio unificado con las Fiscalías Anticorrupción para diferenciar evidencias que revelan infracciones administrativas y delitos de corrupción de funcionarios

La principal crítica mencionada por los fiscales a los informes de la Contraloría es que suelen confundir las infracciones administrativas con indicios de delitos de corrupción de funcionarios. Esta situación conlleva a archivar las denuncias, debido a que –al revisar la documentación– no se encuentra evidencia suficiente que permita sostener un caso de colusión o peculado.

> *"Pero la debilidad es en el contenido de los informes. La Contraloría tiene un criterio bastante radical, cualquier infracción le parece ya delito. A pesar de los informes muchas veces se archiva el caso, trabajamos más con la información que brindan. Ellos por ley no deberían tipificar hechos, pero lo hacen y a veces lo hacen mal."* (Fiscal de Lima).

133 Por el delito de colusión pueden revisarse las siguientes ejecutorias: Ejecutoria Suprema R.N. Nº 3043-2010-Lima (En: ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 122-134), Ejecutoria Suprema R.N. Nº 2653-2009-Ica (En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. *Delitos de corrupción de funcionarios*, Tomo II, Ara Editores, Lima, 2013, pp. 1030-1036), Ejecutoria Suprema R.N. Nº 1402-2001-TUMBES (En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos de corrupción de funcionarios*. *Jurisprudencia Penal*, Jurista, Lima, 2004, pp. 190-194). Por el delito de peculado, pueden revisarse las siguientes ejecutorias: Ejecutoria Suprema R.N. Nº 2743-2001-JUNÍN-HUANCAYO (En: PÉREZ ARROYO, Miguel. Op. Cit., pp. 1366 y 1367), Ejecutoria Suprema R.N. Nº 2296-2011-LAMBAYEQUE (En: ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. Op. Cit., pp.164-169), Ejecutoria Suprema R.N. Nº 1285-2002-LIMA (En: PÉREZ ARROYO, Miguel. Op. Cit., 1424-1428), ver dictamen fiscal supremo adjunto.

*"Doy buena fe a los casos que vienen con informe especial del Órgano de Control* [Interno] *porque vienen con auditoría. Se equivocan mucho en la calificación típica, pero eso no es lo que necesito de esos informes."* (Fiscal de Ayacucho).

*"Estos informes de Contraloría ayudan pero a veces han patinado también en la determinación de los tipos penales. Ayudan porque cuentan con personal especializado dispuesto a trabajar, peritos etc. Eso es lo bueno que tiene."* (Fiscal de Junín).

La relación entre infracciones administrativas y delitos de corrupción de funcionarios ha sido siempre un tema de discusión, en particular con el delito de colusión. Las confusiones son frecuentes, al punto que existen pronunciamientos de la Corte Suprema indicando que el tipo penal no se configura por la acumulación de irregularidades administrativas[134] o por la ausencia de los elementos normativos del tipo penal.[135]

En ese sentido, se hace evidente la necesidad de entablar un diálogo interinstitucional con la finalidad de que ambas instituciones uniformicen criterios. De nada sirve que la Contraloría remita un informe voluminoso señalando que hay indicios de responsabilidad penal si éstos no son tales según el estándar probatorio que rige a jueces y fiscales.

Los especialistas de la Contraloría encargados de determinar si su informe indicará o no que existe responsabilidad penal, deberían tomar esta decisión en función a si las evidencias satisfacen dicho estándar, o permiten pronosticar razonablemente que será alcanzado durante la investigación fiscal. Sin embargo, el archivamiento de investigaciones en las que existe esta clase de informes demuestra que no hay un consenso sobre cuándo concurre el mismo.

La falta de entendimiento produce problemas institucionales (además de contribuir a congestionar las Fiscalías Anticorrupción). Mientras que los fiscales consideran que la Contraloría no distingue bien las infracciones administrativas de los delitos, diversas declaraciones públicas del Contralor General expresan una percepción negativa sobre el rol de los

134 Por todos, ver: Ejecutoria Suprema R.N. Nº 707-2011-LIMA, del 7 de marzo del 2012 (En: ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. Op. Cit., p.138)

135 NAKASAKI SERVIGÓN, César. *Los Delitos contra la Administración pública en la jurisprudencia,* Gaceta Jurídica, 1.ª ed., Lima, 2013.

primeros debido al archivamiento injustificado, desde su perspectiva, de las denuncias formuladas por su institución.[136]

Parte del conflicto se debe a un importante error de la propia Ley del Sistema Nacional de Control, cuando señala que los informes de la Contraloría tienen el carácter de prueba pre-constituida[137] a pesar de que esto no es realmente así[138] –hoy tienen legalmente reconocida la calidad de *pericia institucional extraprocesal*, sometida por tanto a actuación, valoración y contradicción dentro del proceso penal–, generando cierto sobre-dimensionamiento del valor probatorio de los informes; los cuales, por lo demás, siguen resultando muy útiles para la Fiscalía Anticorrupción sin necesidad de ostentar esa calificación.

136 Véanse las recientes declaraciones del Contralor General de la República, FuadKhoury, del 24 de abril de 2014, en las que señala críticamente que de los 2752 funcionarios denunciados durante su gestión, solo 300 recibieron una sentencia, y de éstos solo 11 fueron condenados a penas efectivas. Disponibles en: http://diario16.pe/noticia/47457-khoury-hay-un-problema-generalizado-corrupcion-delincuencia-Áncash, fecha de visualización el 25 de abril de 2014. En el 2013, declaró: "Hoy en día los corruptos en el Perú no tienen miedo, persiste la impunidad, por lo tanto necesitamos ser más drásticos, tenemos que trabajar desde esa perspectiva". Véase en: http://www.larepublica.pe/01-10-2013/el-top-10-de-los-casos-de-corrupcion-en-etapa-final, fecha de visualización el 25 de abril de 2014.

137 Artículo 15º de la Ley Nº 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República.- Son atribuciones del sistema: [...] f) Emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba pre-constituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.

138 Actualmente, la Ley Nº 30214, que incorporó el artículo 201-A al NCPP (publicada el 29 de junio de 2014), establece que los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República en el cumplimiento de sus funciones tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal b) del inciso 2 del artículo 326º del presente Código o cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción. Con ello se recogería el tratamiento jurídico que la Corte Suprema ha otorgado al informe especial, al considerarlo como un medio probatorio con eficacia valorativa y con carácter de pericia institucional pre procesal, con mérito suficiente para poder demostrar los hechos que constituyen el objeto de la investigación y que debía ser valorado como auténtica prueba. Ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Los informes de control y su calidad de prueba pre constituida: La posición de la Corte Suprema al respecto,* [en línea], (fecha de visualización el 4 de setiembre de 2014), disponible en: http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/control_guberna/2011/ contgub_11_08.pdf. Cabe recordar que ya la Defensoría del Pueblo advirtió en su Informe Defensorial Nº 96: *Balance a dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2004*. Lima, octubre 2005, pp. 178, el error que era atribuir a los informes de control la naturaleza de pruebas pre-constituidas.

### 1.3. Duración de las acciones de control llevadas a cabo por la Contraloría

Como se mencionó previamente, la Contraloría puede analizar la documentación de una entidad pública sin mayores limitaciones temporales; salvo los plazos programados en la ejecución de su acción de control, y conforme a su Plan Nacional de Control de cada año.[139] Esto permite que sus indagaciones tengan una duración mayor a la que cuenta la investigación fiscal que debe ceñirse obligatoriamente a los plazos establecidos en el NCPP.

El problema que esto supone, es que existen casos en los que el informe de la Contraloría tarda tanto en ser presentado ante las Fiscalías Anticorrupción,[140] que cuando éstas intentan intervenir en la entidad denunciada, no encuentran la información que pueda servir como evidencia. De acuerdo a lo declarado por uno de los fiscales entrevistados, en ocasiones transcurre un año o dos entre el momento en el que se hizo la acción de control y el momento en el que el informe es finalmente remitido al Ministerio Público. Este lapso es aprovechado para que los documentos mencionados en el informe desaparezcan o sean destruidos, los funcionarios involucrados abandonen sus puestos de trabajo, etc.

Si a esto le agregamos que el informe de Contraloría no tiene el carácter de prueba pre-constituida, terminamos sin evidencia suficiente para sostener un caso por colusión o peculado, a pesar de que el propio informe pueda indicar que existen evidencias para iniciar investigaciones por alguno de estos delitos. Si bien en algunos casos es posible reemplazar esta evidencia con otra que aún esté disponible, lo ideal sería poder aprovechar la investigación de la Contraloría.

Es pertinente indicar que, ante esta dificultad de los fiscales de obtener información oportuna, la Contraloría emitió la Directiva Nº 004-2014-CG/PRON denominada *"Comunicación al Ministerio Público de hechos*

139 Véase: Lineamientos de Política para la Formulación del Plan Nacional de Control y las Directivas de Programación, Ejecución y Evaluación del Plan Anual de Control de los OCIs, que la Contraloría aprueba cada año.

140 Esta situación puede explicarse debido al procedimiento seguido por la Contraloría para la elevación y remisión de los informes especiales realizados por las comisiones de auditoría, los cuales deben ser elevados al nivel gerencial correspondiente para su evaluación, aprobación final y su remisión al área respectiva para el inicio de las acciones legales. Véase: Manual de Auditoria Gubernamental (MAGU) aprobado mediante Resolución de Contraloría Nº 152-98-CG, publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de diciembre de 1998, así como el Reglamento de Organización y Funciones de la Contraloría.

*evidenciados durante el desarrollo de servicios de control posterior"*,[141], la cual regula los requerimientos de información formulados por el Ministerio Público, para coadyuvar a la oportuna, efectiva y adecuada investigación fiscal. Esto en concordancia con el artículo 321.2º del NCPP, que permite que el fiscal pueda requerir información a diversas instituciones para la obtención de elementos de convicción que le permita decidir si formula o no acusación.[142]

Esta regulación de la Contraloría, actualmente permite que la Fiscalía durante la etapa de ejecución de un servicio de control posterior (acción de control), pueda requerir a la Contraloría o a los OCI, sobre aquellos hechos que versen o estén vinculados a una investigación fiscal. Dicha comunicación es entendida por la Contraloría como una *medida excepcional* que procede cuando se cumpla determinados requisitos,[143] es remitida a través de una *carpeta de control*, que contiene la descripción de los hechos, las normas transgredidas, el perjuicio ocasionado (de ser el caso), la relación de participantes, sin tipificar sus conductas, y las evidencias obtenidas,[144] y es elaborada por los responsables del servicio de control posterior y el especialista.[145]

---

141 Aprobado por Resolución de Contraloría Nº 349-2014-CG de fecha 22 de julio de 2014. Dicha directiva entró en vigencia a partir del día siguiente a la publicación de la Resolución de Contraloría que la aprueba; y sus disposiciones son de aplicación inmediata, incluso a los servicios de control posterior que a la entrada en vigencia de la misma se encuentren en proceso.

142 El cuanto al requerimiento de información del Fiscal, el artículo 321.2º del NCPP señala: "(...) La Contraloría General de la República, conforme a sus atribuciones y competencia, a solicitud del Titular del Ministerio Público, podrá prestar el apoyo correspondiente, en el marco de la normativa de control".

143 Entre estos requisitos se encuentran: (i) los hechos comprendidos en la investigación fiscal se encuentren dentro del alcance del servicio de control posterior, (ii) los hechos se encuentren debidamente evidenciados, y (iii) por la naturaleza de los hechos evidenciados y a fin de asegurar la no afectación de los medios probatorios, resulte necesario coadyuvar a la oportuna, efectiva y adecuada investigación fiscal.

144 Por otra parte, la remisión de la Carpeta de Control a la Fiscalía no impide la continuación del servicio de control posterior respecto de: *(i) las presuntas responsabilidades administrativas funcionales identificadas, y (ii) los hechos no comprendidos en la Carpeta de Control.*

145 Según se desprende de la Directiva, para que proceda la remisión de la información, primero las Gerencias de Control Sectorial o las Oficinas de Coordinación Regional de la Contraloría, o quienes hagan sus veces, bajo cuyo ámbito se desarrolla el servicio de control posterior o se encuentra el OCI, realizarán la evaluación del requerimiento del Ministerio Público; y luego comunican su resultado al Vice-contralor General, quien determina su procedencia. Por su parte, el Contralor General remite la carpeta de control mediante un oficio dirigido al Fiscal que requirió la información; a su vez, este oficio será puesto en conocimiento de la Procuraduría Pública de la Contraloría para que actúe de acuerdo su competencia y funciones.

En relación a lo expuesto, vemos que lo relevante de la Directiva es que posibilita que el Fiscal tenga acceso a la información mientras se desarrolla el servicio de control, y le permite reforzar su investigación; y a su vez, la Contraloría no realizará la calificación jurídica de los hechos presuntamente irregulares evidenciados durante el servicio de control llevado a cabo. Sin embargo, un punto a evaluar es que la Directiva, no establece de modo explícito el plazo que tiene la Contraloría para remitir la información. Por ello, se deberá observar un plazo más que razonable, considerando primero, que el pedido tiene que ser evaluado y aprobado por sus áreas pertinentes, elaborarse la carpeta de control, y finalmente remitirse al fiscal solicitante; y segundo, la actuación del fiscal orientada a reunir los elementos de convicción de los hechos objeto de investigación se encuentra sujeta a control, según los plazos y mecanismos establecidos en el NCPP.

De esta manera, la demora en la remisión de la información solicitada por la Fiscalía, podría incidir en el plazo de la investigación con el que cuenta el Fiscal, de allí la necesidad de que se realice en el más breve tiempo.

### 1.4. Acerca del lenguaje técnico empleado de sus informes

Al ser los informes de la Contraloría preparados por especialistas, en ocasiones el lenguaje usado en ellos resulta bastante técnico, incluso para los fiscales que se encuentran familiarizados con los temas denunciados. Esta situación dificulta la construcción de la teoría del caso por parte del fiscal a cargo y sobre todo, el proceso de conversión del cúmulo de infracciones administrativas que suelen contener los informes de la Contraloría en casos penales.

"[Los informes de la Contraloría] *Son importantes pero son muy complejos. Yo tendría que ser un contador público o un economista para entender eso. En una conversación con un juez me decía, si ustedes supieran traer y procesar toda la información que viene en el informe de la Contraloría y supieran cómo introducirlo al juicio, tendrían el 70% del caso ganado. Yo particularmente tengo dificultades para entender lo que está ahí. Si eso está ahí detallado y escrito y lo ofrecen como medio de prueba y lo traen a juicio al que hizo el informe, e introducen adecuadamente el informe al juicio."* (Fiscal de Lima).

Algunos fiscales resuelven este problema citando al auditor que firma el informe de la Contraloría, para que éste explique todos los detalles del documento que remitió y la consistencia de sus hallazgos. Si bien esta práctica es positiva y debería llevarse a cabo incluso en los casos de informes

claros, sería deseable que los miembros de los equipos de auditoría de la Contraloría pudiesen adecuar, en la medida de lo posible, el lenguaje técnico empleado de manera que el mismo sea comprensible para terceros no entendidos en la materia.[146] Esto facilitaría el trabajo de los fiscales.

### 1.5. Dificultades en la absolución de consultas

Finalmente, otra dificultad presentada es la relacionada con la absolución de consultas por parte de los funcionarios de la Contraloría. De acuerdo al literal g) del artículo 22º de la Ley Nº 27785, Ley Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República, esta entidad tiene como atribución absolver consultas, emitir pronunciamientos institucionales e interpretar la normativa del control gubernamental con carácter vinculante, y de ser el caso, orientador con relación a los temas que son de su competencia.

Por su parte, los fiscales anticorrupción tienen en no pocas ocasiones dudas o consultas que realizar debido al importante componente de derecho administrativo y licitaciones públicas que suele ser parte de los casos que conocen. En consecuencia, lo ideal sería que existiese un canal fluido de comunicación para absolver las consultas de las Fiscalías Anticorrupción sobre materias administrativas por parte de los técnicos de la Contraloría.

Sin embargo, en la práctica, el trámite para lograr que un funcionario de la Contraloría absuelva una consulta de un fiscal anticorrupción es sumamente engorroso: la consulta del fiscal provincial debe ser elevada –por medio de un oficio– a la Fiscalía de la Nación. Luego, ésta debe remitir un oficio a la jefatura de la Contraloría, para que a su vez derive la consulta al funcionario concreto encargado de absolverla. Mientras tanto, transcurrieron algunos días del plazo de la investigación preparatoria que no son descontados del plazo máximo.

*"Por ejemplo, el nivel de comunicación con Contraloría es absurdamente lento: Los requerimientos corren del fiscal provincial al superior, al de la Nación y de ahí*

146 De acuerdo a las Normas de Auditoria Gubernamental –NAGU 4.30–, los informes que se emitan deben caracterizarse por su alta calidad, para lo cual se deberá tener especial cuidado en la redacción, así como en la concisión, exactitud y objetividad al exponer los hechos. El informe debe redactarse en forma narrativa, de manera ordenada, sistemática y lógica, empleando un tono constructivo; cuidando de utilizar un lenguaje sencillo y fácilmente entendible a fin de permitir su comprensión incluso por los usuarios que no tengan conocimientos detallados sobre los temas incluidos en el mismo, [en línea], (fecha de visualización el 30 de setiembre de 2014), disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_res259.pdf.

*recién a Contraloría. Ella pidió en octubre un dato a la Contraloría. La información le acaba de llegar en diciembre, es decir, tardó aproximadamente mes y medio aprox. Contraloría respondió a la Fiscalía de la Nación, y ésta se confundió y lo devolvió a la Contraloría. Ahí también se perdió tiempo, pero nada de eso ocurriría si hubiese comunicación directa entre el fiscal y el funcionario de la Contraloría."* (Fiscal de Lima).

*"Para solicitar algo, siempre tenemos que pasar por un tema súper burocrático por Fiscalía de la Nación, para que ésta lo envíe a Contraloría, luego pasa ahí y hay que pasar varios filtros, y recién luego subir otra vez. Es increíble la disfunción burocrática. Si quieren trabajo rápido hay que mejorar esto. Lo que pasa es que en Contraloría hacen informes previos antes de remitir cualquier información, porque todo documento que aparece en estos informes tiene un código de barras. Esto código hace que la persona tenga necesidad de sentirse segura antes de mandar cualquier información, porque siente temor, ya que puede ser identificada fácilmente."* (Fiscal de Lima).

Esto impide aprovechar mejor los recursos de la Contraloría en las diligencias preliminares correspondientes a estos delitos, que retrasa innecesariamente la investigación preparatoria y entorpece la relación entre dos entidades, las cuales deberían tener un flujo de comunicación menos burocrático y más directo en la consecución de un mismo objetivo: el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la lucha contra la corrupción.

### 2. Rol estratégico de la Procuraduría Anticorrupción

La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción ejerce la representación y la defensa jurídica de los intereses del Estado en los procesos vinculados con los delitos contemplados en las secciones II, III y IV del capítulo II del título XVIII del Libro Segundo del Código Penal.[147] Concretamente, su deber principal es asegurar el resarcimiento económico (reparación civil) que le corresponde al Estado cuando se cometen este tipo de delitos. Incluso, el NCPP deja abierta la posibilidad de conseguir el cobro de reparaciones civiles tratándose de sentencia penal absolutoria.[148]

147 Artículo 46º del Decreto Supremo Nº 017-2008-JUS, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, publicado en el diario oficial El Peruano el 5 de diciembre de 2008.

148 Artículo 12º del Código Procesal Penal.- [...] 3. La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.

Asimismo, la Procuraduría Anticorrupción tiene una intervención importante en el reforzamiento de la actividad del fiscal en su labor persecutoria.[149] Su empoderamiento, desde una perspectiva histórica, obedeció a la necesidad de reforzar la lucha anticorrupción y por ende la capacidad estatal de ganar procesos penales por esta clase de delitos.[150]

Es por esta razón que el sistema le otorga importantes herramientas para favorecer la persecución penal, en el entendido de que esta es una forma indirecta de mejorar las posibilidades de obtener reparaciones civiles para el Estado.

Una de estas herramientas es la posibilidad de recibir denuncias y canalizarlas directamente a las Fiscalías Anticorrupción.[151] Aunque parezca una facultad menor, en realidad es importante ya que, como este informe revela, un porcentaje significativo de las denuncias por delitos de colusión y peculado presentadas por ciudadanos que llegan al Ministerio Público son de baja calidad.

En cambio, la Procuraduría Anticorrupción, al contar con abogados especializados en la materia son capaces de formular una denuncia apropiadamente. Además, puede filtrar las que reciba y presentar solo aquellas que estén mejor sustentadas, lo cual resulta sumamente útil para los fiscales, quienes coinciden en señalar en las entrevistas que las denuncias que les llegan deberían estar siempre filtradas para asegurar su calidad.

A nivel de las denuncias archivadas, es en el distrito fiscal de Junín donde se registró una mayor participación de la Procuraduría (39%) como

149 MUJICA, Jaris y AA.VV. La Procuraduría Anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles/investigación/sistema de información, p. 4, [en línea], (fecha de visualización el 25 de abril de 2014), disponible en: http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf.

150 En detalle, véase en: UGAZ SANCHEZ-MORENO, José. "Algunos apuntes sobre la defensa judicial del Estado en el caso Fujimori-Montesinos". En: MONTOYA VIVANCO, Yván (editor). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2012, pp. 147 y ss., con especial referencia al apoyo recibido por la procuraduría durante el gobierno de transición y la función que se le encomendó desde entonces.

151 Artículo 49º del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068, del Sistema de Defensa Jurídica del Estado: Los Procuradores Públicos Especializados en delitos de corrupción deberán atender, prioritariamente, las denuncias de funcionarios o servidores públicos, ciudadanos particulares y medios de comunicación, relacionadas a los delitos contemplados en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, evaluando su sustento y fundamentación y canalizándolas ante el Ministerio Público, de considerarlas pertinentes. [...]

denunciante. Le sigue de lejos Lima (23%), Áncash (20%) y Ayacucho (17%).

Otra ventaja interesante de presentar las denuncias ante la Procuraduría Anticorrupción es que permitiría proteger la identidad del denunciante, a través de la asignación de un código determinado que reemplaza su verdadera identidad y obliga al procurador a cumplir con esta disposición bajo responsabilidad, por mandato expreso del Reglamento de la Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado. Recordemos que, en principio, las denuncias que se presenten ante las Fiscalías Anticorrupción no pueden ser anónimas,[152] por lo que hacer la denuncia ante la Procuraduría Anticorrupción para que ésta la haga suya puede resultar provechoso si el denunciante tiene algún temor.

En general, los fiscales han manifestado opiniones favorables acerca de la calidad de las denuncias presentadas por la Procuraduría Anticorrupción, porque su claridad y las evidencias que adjuntan facilitan las diligencias preliminares. Si bien, el porcentaje total de denuncias presentadas por esta institución, y luego archivadas en la muestra no era muy elevado (3% del total), esto no significa necesariamente que la Procuraduría Anticorrupción no esté haciendo una cantidad importante de denuncias, ya que es posible que un porcentaje significativo de las mismas corresponda a casos que no fueron archivados y, por ende no formaron parte del universo de casos analizados en esta investigación.

### 2.1. Acerca de sus facultades

La Procuraduría Anticorrupción está legalmente autorizada a aportar evidencia y participar en las diligencias que programe el fiscal en el curso de una investigación por los delitos que son de su competencia,[153] facultades que se desprenden, por cierto, de su condición de parte en la investigación. Esta atribución debería permitirle ayudar al fiscal en sus

152 Artículo 328º del Código Procesal Penal.- 1. Toda denuncia debe contener la identidad del denunciante, una narración detallada y veraz de los hechos, y -de ser posible- la individualización del presunto responsable [...]

153 Artículo 41º del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068. - Además de las facultades especiales establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, los Procuradores Públicos Especializados tienen las siguientes atribuciones:

1. Participar en las investigaciones preliminares o preparatorias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú, pudiendo ofrecer pruebas y solicitar la realización de actos de investigación, así como intervenir en las declaraciones de testigos y en las demás diligencias de la investigación, sin menoscabo de las labores y acciones que corresponden al Ministerio Público [...]

labores y asegurar que la evidencia necesaria que acredite su pretensión resarcitoria esté debidamente incorporada en las investigaciones.

Es destacable la posibilidad que tienen los procuradores de participar en las diligencias de toma de declaraciones, aunque la investigación revela que no siempre hacen uso de la misma y en muchas ocasiones lo hacen a través de escasas preguntas al investigado o testigo, que aportan insuficiente información. Incluso, no se aprecia el empleo de las técnicas de litigación al momento de realizar sus interrogatorios, ni el manejo de una teoría del caso sólida en las preguntas realizadas por los procuradores anticorrupción.

Por otro lado, en su artículo 23º, la Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado (Decreto Legislativo Nº 1068) también le confiere a la Procuraduría Anticorrupción la facultad de requerir y obtener cualquier información de entidades públicas, considerando que este insumo suele ser de gran trascendencia en las investigaciones de delitos de corrupción de funcionarios.

Esta herramienta debería servir para facilitar, en la medida de lo posible, la obtención de la documentación indispensable que obra en poder de las entidades públicas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Procuraduría Anticorrupción no está facultada a realizar incautaciones de documentos; por lo que cualquier intento de recabar documentación a través de comunicaciones escritas debería desalentarse, toda vez que la experiencia fiscal reporta resultados negativos por seguir esta modalidad, ya que a través de ella se alerta a la contraparte acerca de la existencia de documentación relevante para el caso, generándose así un riesgo para su conservación.

Por esta razón, probablemente, lo más recomendable sea restringir los pedidos de información sólo para requerir la misma a entidades en las que no estén laborando los funcionarios investigados.

Por otra parte, lo establece la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068, los Procuradores Públicos pueden contar con apoyo técnico relacionado a análisis financiero y pericial, para el mejor ejercicio de sus funciones. Este apoyo resulta de suma importancia, debido a la gran saturación que las unidades de peritos de todas las Fiscalías Anticorrupción sufren a nivel nacional. Por ello, resulta clave que la Procuraduría Anticorrupción pueda hacer uso de esta atribución e incorporar a la carpeta fiscal la información obtenida de esos

análisis, más aun si se considera que cuentan con una Unidad de Análisis Financiero y Pericial.[154]

Este apoyo técnico podría ocurrir al momento de presentar la denuncia, o en el transcurso de las investigaciones, lo que eventualmente podría volver innecesario el requerimiento fiscal de solicitar una pericia para sus investigaciones. Con esto, contribuirían a disminuir el índice de solicitudes periciales, y ayudarían a un mejor funcionamiento del sistema. Este aporte es relevante, pues la información financiera y contable de calidad tiene una importancia trascendental en este tipo de casos, más aun, desde el punto de vista de la Procuraduría Anticorrupción, dado que con esos datos es posible rastrear el dinero proveniente de estos delitos y asegurar el cobro de la reparación civil.[155]

La información financiera y contable de calidad tiene una importancia trascendental en este tipo de casos, más aun desde el punto de vista de la Procuraduría Anticorrupción, dado que con esos datos es posible rastrear el dinero proveniente de estos delitos y asegurar el cobro de la reparación civil. Al respecto, es importante señalar que si bien la norma que establecía que esta unidad debía existir data de diciembre del 2008,[156] en los hechos, ésta se creó en el año 2011 con el nombre de "Unidad de Análisis Financiero y Pericial", estando actualmente en funcionamiento.[157]

154 Si bien la norma publicada en el año 2008 establecía que dicha unidad debía existir, en los hechos esta recién se creó en el 2011 con el nombre de "Unidad de Análisis Financiero y Pericial", estando actualmente en funcionamiento. Dicha Unidad incorpora dos líneas de acción: de un lado, un área dedicada a ejecutar los embargos trabados en años anteriores para asegurar el pago de las reparaciones civiles y proponer nuevos mecanismos para obligar a los morosos a pagar; y de otro, un área dedicada a la detección y repatriación de fondos provenientes de actividades ilícitas (decomiso e incautación). Corresponde entonces a la Unidad de Análisis Financiero y Pericial, como tarea fundamental, el cobro de las reparaciones civiles y la repatriación de activos generados por actos de corrupción, [en línea], (fecha de visualización el 27 de abril de 2014), disponible en: http://www.minjus.gob.pe/corrupcion/anticorrupcion-estructura-organizacional/.

155 De hecho, no debiera descartarse la idea que esta unidad no sólo se dedique a rastrear el dinero de la corrupción, sino que pudiese realizar también funciones similares a las de los peritos de las Fiscalías Anticorrupción. Esto supondría ampliar su capacidad operativa dándole mayores recursos.

156 El Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068 fue publicado en el diario oficial El Peruano, el 5 de diciembre de 2008.

157 Véase: http://www.minjus.gob.pe/corrupcion/anticorrupcion-estructura-organizacional/, fecha de visualización el 27 de abril de 2014. "Esta unidad incorpora dos líneas de acción: De un lado, un área dedicada a ejecutar los embargos trabados en años anteriores para asegurar el pago de las reparaciones civiles y proponer nuevos mecanismos para obligar a los morosos a pagar (sujeción de beneficios penitenciarios al pago de la reparación civil, muerte civil para el deudor, imprescriptibilidad de las deudas por reparación civil, etc.); y de otro, un área dedicada a la detección y repatriación de fondos provenientes de actividades ilícitas (decomiso e incautación)."

### 2.2. Acerca de las dificultades que inciden en su labor

Una de las áreas a mejorar en el desempeño de la Procuraduría Anticorrupción guarda relación con la falta de una presencia activa de los procuradores a lo largo de la investigación. Esto debido a que en realidad, la actividad de los procuradores durante las diligencias preliminares se limita a dos momentos críticos: el primero, es el de la presentación de la denuncia; y el segundo, es el de la presentación del recurso de elevación de actuados, una vez que el fiscal provincial decidió archivar el caso.

Si bien, la Procuraduría Anticorrupción como parte procesal en la investigación puede sugerir al fiscal la realización de determinados actos de investigación –además de que la norma la autoriza expresamente[158]algunos de los fiscales entrevistados se mostraron algo sorprendidos por el escaso apoyo que reciben de los procuradores en la fase de diligencias preliminares. Esta participación se reduce todavía más cuando no son ellos quienes presentan la denuncia, sino que se apersonan luego de notificados.

*"La Procuraduría antes no participaba tanto, ahora sí pero esperamos que sea más. En el sentido de aportar pruebas, si ellos son los que están persiguiendo el delito de cierta forma o lograr cierta reparación civil. Deberían aportar pruebas o sugerir qué elementos de prueba vamos a desarrollar. Presentan la denuncia y se desentienden."* (Fiscal de Lima).

*"La Procuraduría no cambia la mentalidad del código anterior. Piensan que el proceso va a sustentarse por obra y gracia. No presentan ninguna prueba. Si fuera procurador presento mis peritajes, apunto a reparación civil, no penal. Cuál es su acción de trabajo, fiscal haga esto."* (Fiscal de Ayacucho).

El rol que cumplen las Procuradurías contrasta con su capacidad operativa. A diferencia de los fiscales, los procuradores tienen una jurisdicción que abarca dos o más distritos judiciales. En Junín, por ejemplo, los tres procuradores tenían asignados –al tiempo de la investigación– aproximadamente 2 mil casos distribuidos entre los distritos fiscales de Junín, Pasco y Huánuco.

Al momento de las entrevistas, se advirtió que los procuradores no contaban con condiciones óptimas para desarrollar su trabajo, debido que carecen de personal suficiente, carencias logísticas, dificultades para transportarse entre provincias y entre regiones.

158 Artículo 22º del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1068.

*"Como es una situación política, no hay respaldo del gobierno. No nos capacitan, no nos visitan seguido. Nos visitan personas que nos saben del nuevo modelo. Me visitan para ver si tengo sillas, cuántas carpetas tengo. Por qué si yo les he traído dinero, por qué no me dan para estar mejor con mi equipo."* (Procurador de Junín).

Lamentablemente, esta insuficiente capacidad operativa se relaciona con la dificultad que tiene la Procuraduría para ser notificada en todos los casos. Si bien recibió notificación por el 52% de las denuncias de peculado y colusión en las que el fiscal abrió investigación –aquellas archivadas no liminarmente–, significa que conoció menos de la mitad de las investigaciones iniciadas, lo que hace que su capacidad de acción teórica sea bastante limitada. Pero, además, en el 17% de estas denuncias inicialmente notificadas nunca se le notificó la posterior disposición de archivo.

Más grave aún son los casos en los que la Procuraduría tomó conocimiento de la denuncia a través de la notificación de su archivamiento. Esto sucedió en el 21% de los casos archivados luego que el fiscal practicara diligencias preliminares.

Las evidentes carencias han hecho que la Procuraduría busque aprovechar su escaso recurso humano, para redirigirlo en forma más estratégica. Esto ha implicado concentrarse en casos emblemáticos y apuntar a la reparación civil.[159]

### 2.3. Apersonamientos tardíos (después de emitida la Disposición de Archivo)

Otro aspecto relevante en los casos analizados, ha sido el referido al apersonamiento de los procuradores después de haberse emitido la

159 Véase en: Primer Informe de gestión. La Procuraduría Anticorrupción en perspectiva crítica. Reparaciones civiles/ Investigación/ Sistema de Información, [en línea], (fecha de visualización 1 de octubre de 2014), disponible en: http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf. Según este Informe, sobre los datos que elaboraron a inicios del 2012, se determinó que solamente el 13.7 % de sus casos implicó uno de alta importancia. En estos casos, incluso cuando la reparación civil podía ser escasa, la importancia del funcionario y el criterio o impacto mediático aparecen como temas fundamentales de clasificación. Asimismo, determinó que la carga procesal que la Procuraduría Anticorrupción se concentraba en casos de pequeña corrupción, lo que generaba sobrecarga en el sistema y dificultad para la concentración y las funciones especializadas de investigación y litigio. Esto ha implicado que se concentre en casos emblemáticos y que apunte a la reparación civil.

disposición de archivo fiscal, y en algunos casos cuando el plazo para cuestionar la decisión de archivamiento ya había vencido.

En efecto, son pocos los apersonamientos, muchas veces tardíos, así como son pocos los casos en que interviene en forma constante a lo largo de las diligencias preliminares. Según las entrevistas a los propios procuradores, el enfoque –actualmente– se centra en la reparación civil y en el registro estadístico de los casos en trámite que se reportan en Lima. Esta razón explicaría el alto porcentaje de apersonamientos posteriores a la notificación del archivo de la denuncia (89%) y en un momento posterior a la oportunidad de interponer recurso de elevación de actuados.

Sobre este punto, es importante resaltar que uno de los rasgos que ha caracterizado a la última gestión de la Procuraduría Anticorrupción es su interés por generar información cuantitativa acerca de la naturaleza y el estado de los casos que son de su competencia.[160] Es decir, que la Procuraduría Anticorrupción puede decidir no participar de un caso que no le parece serio o de uno en el que cree que no se encontrarán evidencias. Si esta es su percepción respecto a un caso, es coherente que no se apersone en él, incluso si el fiscal abre investigación por el mismo. Pero por cuestiones de llevar una estadística sobre los casos archivados en el subsistema, podría tener un interés en obtener copias de los actuados, de modo que podría resultar lógico apersonarse solo al final del proceso para solicitarlas.

Sin embargo, hay otros casos en los cuales claramente este no es el propósito, ya que en 1 de cada 3 casos (33%) el procurador intenta interponer un recurso de elevación de actuados cuando el plazo ya precluyó, siendo su solicitud rechazada por el fiscal.

160 Véase: entrevista al ex Procurador Anticorrupción Julio Arbizú de diciembre de 2013, [en línea], (fecha de visualización 27 de abril de 2014), disponible en: http://www.revistaideele.com/ideele/content/julio-arbizu-%E2%80%9Cla-procuradur%C3%ADa-estaba-montada-para-que-un-ej%C3%A9rcito-de-abogados-peleara-dando.

# CONCLUSIONES

1. La implementación de la reforma procesal penal ha registrado un considerable número de causas archivadas, incluso mayor a las previsiones hechas por el propio Ministerio Público (30%). En lo que va de la reforma al 2013, se archivaron 6 de cada 10 denuncias, según información estadística oficial. La proporción es menor –4 de cada 10– en el ámbito de las fiscalías anticorrupción (2011), aunque varía mucho entre un distrito fiscal y otro. Y, en lo que respecta a los delitos de corrupción más denunciados, peculado y colusión (que representaron el 42% de la carga procesal el 2012), la tasa promedio se sitúa alrededor del 50%.

2. La Defensoría del Pueblo, en el marco de su ámbito competencial, decidió realizar un estudio exploratorio de la situación del archivo fiscal, en fase de Diligencias Preliminares de la Investigación Preparatoria, en cuatro distritos fiscales con Fiscalías Anticorrupción: Áncash, Ayacucho, Junín y Lima. Su atención se centró en los dos delitos de mayor incidencia: peculado y colusión. Se revisaron en esta investigación 457 carpetas fiscales, además de 64 entrevistas a actores claves, entre fiscales, peritos, defensores públicos procuradores, policías, periodistas y empresarios.

3. La supervisión ha permitido encontrar denuncias que fueron archivadas inadecuadamente. Se trata de archivos en cuyas disposiciones fiscales [que los ordenan] se advierte un conjunto diverso de actos de investigación fiscal no realizados o mal planteados, elementos probatorios escasamente examinados, interpretaciones jurídicas erróneas o discordantes con precedentes jurisprudenciales e incluso, decisiones carentes de lógica o sin conexión manifiesta con la documentación obtenida en el trámite de la investigación fiscal. En estos casos se advierten elementos que jugaron en contra de la formalización de la Investigación Preparatoria –propiamente dicha– o de una acusación fiscal, pese a que en ellos se evidenciaban indicios reveladores de la comisión del delito –peculado o colusión–, que hubieran sido posibles de apreciar debidamente de haber mediado una mayor diligencia en la investigación o un análisis más acucioso de la información obtenida en el trámite de los mismos.

En Áncash y Junín los archivos inadecuados llegaron al 32% y en Ayacucho al 29%. En Lima fueron de 14%. El promedio ponderado, en función al número de denuncias archivadas en cada distrito, es de 26%. Si agrupamos Áncash, Junín y Ayacucho, aproximadamente, 1 de cada 3 archivos es inadecuado; y, en Lima, lo es 1 de cada 7.

4. La proporción de archivos inadecuados tiene relación con problemas que se observaron en el subsistema y que impidieron se desarrolle una investigación eficiente. Las causas son múltiples: poca acuciosidad en la investigación fiscal (no realización de diligencias importantes, problemas con la estrategia y el planteamiento de la toma de declaraciones, inexistentes pautas de investigación); dificultades de los fiscales para establecer la relación funcional del investigado con los elementos constitutivos del delito; influencia de negativos estilos de coordinación sobre la gestión y lo jurídico; falta de capacitación de fiscales, peritos y asistentes en función fiscal; debilidad de los mecanismos de control; énfasis en el control de la eficacia –lo cuantitativo– y menos en la calidad de la investigación fiscal; entre otros aspectos desarrollados en este informe.

*Perfil de denuncias y denunciantes*

5. Se ha examinado el perfil de las denuncias de peculado y colusión. En ambos casos, las denuncias se hacen mayoritariamente de parte (90%) y son presentadas por personas naturales (particulares) en aproximadamente la mitad de los casos. Las principales entidades que aparecen como perjudicadas por estos delitos son los gobiernos locales (53%). Luego le siguen los gobiernos regionales, con aproximadamente el 10% de las denuncias, y seguido una larga lista de entidades con participación menor como perjudicadas.

   En promedio, cada denuncia de peculado involucra a tres personas y en colusión a cuatro. El perfil del denunciado es distinto en estos delitos. Los de peculado suelen ser, con mayor frecuencia, jefes de áreas (15%), que son funcionarios con acceso a recursos o bienes de la institución (presupuesto, abastecimiento, administración, contabilidad, logística, tesorería, personal y administración). Se les incluye también con frecuencia a los alcaldes (14%).

   En colusión, las denuncias se hacen principalmente contra los miembros de los comités de selección o contratación (13%), pero se suele incluir también a gerentes (11%), jefes (11%) y alcaldes (7%).

6. Se han identificado modalidades frecuentes con las que se asocia, en la denuncia, la comisión de los ilícitos de estudio. En peculado, se hallaron 17 modalidades frecuentes en temas ligados a ejecución de

obras o servicios, uso de bienes de la entidad, rendición de cuentas y otros. En colusión se identificaron 21 modalidades recurrentes ligadas a las etapas de preparación de la contratación o adquisición, postulación y otorgamiento de buena pro y ejecución.

Las modalidades de perpetración de la conducta prohibida permiten identificar patrones de la corrupción; apreciar el perjuicio económico que ésta genera en áreas críticas y recurrentes del Estado; verificar reglas informales que se hacen comunes y evidentes en redes delictivas, así como modalidades de participación delictiva. En suma, es información relevante para la generación de políticas preventivas anticorrupción.

7. Las denuncias por peculado, y sobre todo las de colusión, son difíciles de probar. Este tipo de corrupción no suele dejar evidencias escritas de lo cometido. La jurisprudencia de la Corte Suprema evidencia, más bien, que las sanciones se imponen contra actos groseros que presentan manifiestas irregularidades, confesiones directas o evidencias documentales contundentes. Esto hace que los jueces exijan estándares probatorios altos (incluso desconociendo la prueba indiciaria en estos casos) que los fiscales erróneamente trasladan a la investigación preliminar para decidir si se archiva o se formaliza la denuncia. La valla de indicios suficientes es erróneamente cambiada por la de convicción y los medios de prueba que pueden agenciar los fiscales pueden hacer poco para cubrir casos complejos, grandes o incluso medianos donde los investigados han manipulado la información o no la han facilitado. Ante estas dificultades, algunos fiscales están tomando medidas alternativas (variar la acusación de colusión hacia negociación incompatible) que necesitan ser discutidas y evaluadas institucionalmente dado su potencial efecto sobre la persecución del delito y la impunidad.

*Investigación Preparatoria (Diligencias Preliminares)*

8. Los plazos de la investigación fiscal son largamente incumplidos en la muestra estudiada. Un archivo liminar –donde en principio no hay actividad investigadora– toma en promedio 58 días. La diferencia entre un distrito fiscal y otro es, en varios casos, importante. En Áncash toma 52 días, en Ayacucho 24, en Junín 34 y en Lima 67. Pero este tipo de archivos son particulares. No hay mayor diligencia salvo, y en ocasiones, la toma de declaración del denunciante para aclarar aspectos de su denuncia.

9. Las denuncias no archivadas liminarmente tienen una duración mayor. En promedio duran 275 días. Esto supera el plazo legal del NCPP así como el máximo admitido jurisprudencialmente. La diferencia entre

distritos fiscales también marca ciertas brechas. En Ayacucho es donde se archiva en menos tiempo (229 días). Luego sigue Junin con 265 días. En tercer lugar está Áncash con 279 días y finalmente Lima con 313 días.

10. Se advirtió que los fiscales, en los distritos estudiados, amplían con frecuencia los plazos de sus investigaciones (57% en promedio ponderado). Las ampliaciones son consistentes en los cuatro distritos (Áncash 64%, Ayacucho 63%, Junín 51% y Lima 53%) y prolongan el periodo de investigación entre 37 días (Ayacucho) y 55 días (Lima). Hay casos con más de una ampliación, siendo la segunda bastante común (36% de los casos en Junín y 45% en Ayacucho).

11. Los archivos de denuncias de peculado toman más tiempo en promedio que los de colusión. Además, es en Lima donde para ambos casos hay una mayor duración. Los extremos en la duración de la investigación, hasta el archivo, son Ayacucho y Lima. En peculado pasan 241 días, para Ayacucho, y 306 días, para Lima. En colusión, para estos mismos distritos fiscales, pasan 149 días y 292 días, respectivamente.

12. Parte de la explicación de los tiempos que tardan los fiscales está en la cantidad de diligencias practicadas y en lo tardío de su diligenciamiento. La toma de declaraciones es la diligencia que más se practica (varía entre 83% para Lima y 95% para Áncash). Las pericias son menos comunes, pero su demanda es significativa y varía en forma importante entre un distrito fiscal y otro. El promedio ponderado de los casos en los que se ordenan, en los cuatros distritos estudiados, es de 33%. La obtención de documentación se da aproximadamente en la mitad de los archivos, es decir, en la mitad de éstos los fiscales solicitaron por vía formal algún tipo de información a las entidades (generalmente informes, comprobantes de pago, expedientes administrativos, normativa u otros). El tiempo promedio que tardan en diligenciar estos requerimientos es significativo: 120 días desde la fecha de presentación de la denuncia.

13. Se ha identificado seis formas en la dilación de las investigaciones. En primer lugar, hay una demora para el envío del primer oficio solicitando información a la entidad. Se da en promedio a los 4 meses. Esto puede explicarse por la necesidad de conocer el caso antes de saber qué solicitar, pero por lo general la información a solicitar es casi siempre la misma (expedientes administrativos, comprobantes de pago, etc.). La carga de casos también puede explicar estas demoras.

    El pedido de información de documentación relevante para la investigación de los hechos de corrupción denunciados, constituye una técnica pasiva, pues las entidades públicas requeridas tardan en atender los requerimientos formulados. Incluso, en algunos casos,

éstas actúan en calidad de denunciantes y no colaboran con el acopio de documentación relevante en la investigación fiscal.

En segundo lugar, hay demoras en llamar al denunciante para aclarar su denuncia. En promedio el oficio de citación se da a los 53 días, pero hay distritos fiscales que lo hacen antes (Áncash 31 días y Ayacucho 37 días), aunque no en tiempos óptimos, sobre todo, por la oportunidad estratégica de aclarar la denuncia con quien la presentó.

El tercer punto equivale al anterior pero trata de la toma de declaración a los testigos. El oficio de citación sale en promedio a los 89 días (2 meses, 29 días) de interpuesta la denuncia.

En cuarto lugar, se nota un claro escalonamiento en el tiempo de los oficios de citación a declaración de testigos. Esto abonaría a la idea de que no hay una adecuada planificación de la investigación para evacuar en simultaneo todos los oficios.

El quinto aspecto tiene que ver con demoras innecesarias para el inicio de las pericias. Transcurren 2 meses en promedio desde que se solicita la designación del perito hasta la juramentación del mismo; pasos que deben seguirse según el NCPP.

Finalmente, se han identificado demoras importantes entre el oficio que cita a declaración, la fecha en que ésta se programó (1 mes y medio), la fecha del oficio de solicitud de información a la entidad y su eventual respuesta (2 meses).

14. El estudio recoge que no todos los fiscales tiene acceso a todos los campos de información de algunas de las bases de datos estatales vitales para su tarea investigativa, así también, que la conectividad en óptimas condiciones resulta un problema de consideración. Las bases de datos relevantes para el trabajo fiscal, son las de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF) y el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

15. Los fiscales tienen solo responsabilidad limitada por la alta tasa de inasistencias de denunciantes, testigos e investigados. Estas inconcurrencias generan investigaciones menos profundas y exhaustivas y, por tanto, menos eficientes para los propósitos trazados. Las inasistencias, a decir de la experiencia fiscal recabada, pueden obedecer al temor o a la falta de interés de declarar de denunciantes o testigos o, en el caso de los investigados, a estrategias dilatorias y

evasivas de la justicia. En los cuatro distritos fiscales bajo estudio, aproximadamente 3 de cada 4 denunciantes no concurren a la primera citación, el promedio ponderado de estos distritos es de 76% (Áncash 76%, Lima 73%, Junín 79% y Ayacucho 79%); en el caso de los testigos, la situación no parece variar: 4 de cada 5 no concurren a la primera citación, el promedio ponderado de estos distritos es de 80% (Áncash 83%, Lima 75%, Junín 82% y Ayacucho 80%). Por último, respecto de los investigados, la proporción es, aproximadamente, 2 de cada 3; esto es, un nivel de inconcurrencia de 68% (Ayacucho 68%, Junín 75%, Lima 60% y Áncash 68%).

Sin bien estas inconcurrencias obedecen a decisiones personales, se aprecia también una notoria pasividad de los fiscales frente a ellas. En muy pocos casos se ha registrado el uso de citaciones de grado o fuerza o la citación con doble fecha para, en caso el investigado no concurra, automáticamente esperar a que lo haga en un segundo momento ya definido en el único oficio de llamado a citación enviado. En cifras, y en el caso de los denunciantes, el promedio general de declaraciones no reprogramadas es de 76% (Áncash 72%, Lima 89%, Junín 61% y Ayacucho 91%); en el caso de los testigos, la situación es similar: no se reprograma, en promedio, el 66% de declaraciones no realizadas en primera citación (Áncash 66%, Lima 67%, Junín 60% y Ayacucho 75%).

16. La práctica más usada por los fiscales para obtener la documentación necesaria para la investigación es el requerimiento por vía escrita a la entidad involucrada. Su frecuencia de uso (se da en el 89% de los archivos revisados) contrasta con su efectividad. El gran riesgo de solicitar información es que se entregue con retraso, que su contenido sea alterado o mutilado o que jamás sea entregada a la fiscalía. Según los fiscales entrevistados estas prácticas son comunes, habida cuenta que los investigados siguen laborando en la entidad o, antes de salir de su institución, se aseguraron de desaparecer las evidencias que podían incriminarlos. Pero hay otros inconvenientes de solicitar información por oficio a las entidades. Se identificó que el trámite interno de envío de oficios de las Fiscalías Anticorrupción, es innecesariamente largo e ineficiente: toma en promedio 23 días y supone emitir una disposición que ordene oficiar, una providencia que concretice la disposición y, finalmente, un oficio cursado a la entidad con la solicitud de información del fiscal, el cual se envía luego de 120 días de recibida la denuncia.

17. Frente a la ineficiencia de los requerimientos escritos, constituirse personalmente a la entidad es una figura percibida como más efectiva y necesaria por un importante grupo de fiscales, sin embargo, es poco utilizada: 16% en los cuatro distritos fiscales estudiados. En Ayacucho la constitución se presentó como una estrategia más frecuente, pues se

dio en el 35% de los archivos; situación distinta se presentó en Lima, donde sólo se practicó en el 6% de los mismos. La incautación es un medio menos recurrido (2%) que va en la misma línea. El problema con la masificación de la constitución en la entidad y la incautación como medio para obtener documentación, es la necesidad de coordinación y la inversión de tiempo para lograr algo concreto. Puede ser más fácil para un fiscal enviar únicamente oficios a las entidades y esperar las respuestas mientras dedica su tiempo a otras diligencias, pero esto no es valorado –por ellos mismos– como muy efectivo. La constitución en la entidad se topa también con el riesgo que se le oculte la información al fiscal, o que ésta sea destruida previamente. Por ello, la decisión de solicitar información, constituirse o incautar, se debe adoptar teniendo en cuenta la oportunidad, los tiempos, la eficiencia, pero, sobre todo, la estrategia de investigación.

18. Uno de los problemas adicionales que enfrentan los fiscales en su afán de obtener documentación de la entidad para la investigación, es el tiempo que es conservada en los archivos institucionales de cada entidad. Solo recientemente, en el 2013, el Archivo General de la Nación, entidad que regula la archivística a nivel nacional, emitió directivas con las que estableció pautas para la conservación de documentos al nivel de municipalidades distritales y universidades públicas. Estas directivas son nuevas y responden justamente a la discrecionalidad que existía para la conservación de documentación sobre, por ejemplo, licitaciones de años anteriores. Pero no ha habido ningún balance sobre su cumplimiento. En no pocos casos, de los referidos por los fiscales, la documentación ya había desaparecido cuando la solicitaron o se constituyeron. Adicionalmente, hay tres problemas que complican la conservación de documentación: el tiempo, que al margen de las directivas, se toman las entidades para conservar la documentación; la gestión (orden) de los archivos; y, la escasa frecuencia con que se imponen sanciones a quienes desaparecen la documentación.

19. La pericia es una herramienta para investigar aspectos técnicos especializados que conducen al establecimiento de la existencia, o no, de indicios del delito investigado. La pericia es importante para los casos de peculado y colusión, mas no, siempre necesaria. Algunos fiscales, sin embargo, la consideran indispensable para probar peculado y colusión, olvidando que en la investigación preliminar sólo deben identificarse indicios y que, además, en el delito de colusión simple, la Corte Suprema ya determinó que no es necesario sustentar la existencia de perjuicio patrimonial. Áncash es el distrito donde se presentó el mayor número de casos con pericias. Fueron ordenadas en el 57% de los casos. Le sigue Junín con 36%. Es distinto el caso de Ayacucho y Lima, donde se ordenaron pericias en el 17% de las denuncias archivadas. Estas cifras dan cuenta de una concurrencia

significativa de la pericia en el proceso penal (33% en los cuatro distritos estudiados).

20. Son muy pocos los peritos en cada distrito fiscal, tanto contables como ingenieros. Los peritos que asisten a las fiscalías especializadas son aún más escasos. Se necesitan peritos informáticos, especializados en mecánica y en audio (solo había uno a nivel nacional al momento de realizar el estudio de campo). Además, algunos cubren varios distritos fiscales, su carga de trabajo es alta y su motivación y remuneración son percibidas como bajas. Los peritos ingenieros deben desplazarse continuamente a provincias y no cuentan con las herramientas suficientes para realizar su labor. Los peritos, en general, no son considerados como público objetivo de las capacitaciones que organiza el Ministerio Público.

21. Más allá de la necesidad de las pericias y de las carencias de los peritos, hay dos temas de fondo. En primer lugar, pocas de ellas se llegan a realizar, aproximadamente 6 de cada 10 en los cuatro distritos fiscales bajo estudio (57% para ser exactos), y en menos aún, se hallan indicios de haberse cometido peculado o colusión. Áncash tiene el porcentaje mayor de pericias realizadas (75%), seguido de Lima (71%), pero los casos de Junín (42%) y Ayacucho (18%) ofrecen un panorama preocupante por el reducido número. En segundo lugar, solo una proporción menor de pericias realizadas identifica indicios de peculado o colusión (28% en Ayacucho, 26% en Junín, 35% en Lima y 32% en Áncash). Estas cifras obligan a contar con un test de necesidad pericial que relieve el aporte que éstas proveen a la investigación; además, se ha registrado una demanda de capacitación especializada en temáticas periciales y la necesidad de mejorar la comunicación entre fiscales y peritos de cara a las distintas etapas del proceso penal.

*Disposiciones de archivo y el recurso de elevación de actuados*

22. Un problema frecuente en las denuncias archivadas es el alto porcentaje de diligencias que se programan y no se realizan; además, en muy pocos casos se precisa el motivo por el cual no se realizó la diligencia inicialmente programada, lo cual dificulta realizar una supervisión posterior del trabajo fiscal. Por eso, sólo se analizaron archivos inadecuados (respecto a los cuales se tenía la convicción de que debieron continuar en trámite). En estos archivos se observó que el 57% de declaraciones programadas a denunciantes no se realizaron, lo mismo sucedió con el 47% de las declaraciones programadas a testigos y el 25% de las declaraciones a investigados. En el caso de las pericias, el 42% de éstas no se realizaron. Estos elevados porcentajes de diligencias programadas y no realizadas son especialmente graves, ya que su realización hubiera podido suministrar al fiscal

mayor información que, a su vez, hubiera podido significar el redireccionamiento de su decisión de archivar tempranamente, en un sentido contrario, y a favor de proseguir la investigación o formalizar la denuncia. Este tipo de evaluación del trabajo fiscal no se practicó, al tiempo de realizarse la investigación, por ningún mecanismo institucional de control existente.

23. En esta investigación las disposiciones de archivo fueron evaluadas en función a cuatro criterios: (a) orden, claridad y completitud en la narración de los hechos denunciados; (b) completitud en el listado de evidencias encontradas y de los indicios no hallados; (c) coherencia en la información extraída de las evidencias; y, (d) claridad en la determinación de las causas del archivo. Ello permitió identificar áreas críticas en la elaboración de las disposiciones fiscales; por ejemplo, que el 68% de disposiciones presenta deficiencias en el segundo criterio y que el 51% de disposiciones las presenta en el tercero. También permitió determinar el porcentaje de disposiciones deficientes (24%), aceptables o buenas (26%) y óptimas (2%); y advertir, por ejemplo, que Lima es el distrito con menor porcentaje de disposiciones deficientes (10%) y con mayor porcentaje de disposiciones no cuestionadas u óptimas (53%); lo cual se condice con su menor tasa de archivos inadecuados (14%) en relación al resto de distritos (31%).

24. Se hizo también una valoración de indicios y medios probatorios en función al aporte que cada uno de ellos generó para el fiscal en la resolución del caso, contrastándolo con el aporte que para el equipo investigador debía generar (de 0 a 5, donde 5 es el valor máximo de aporte). De este contraste (resta de valoración de aporte según fiscal menos la valoración dada por el equipo) se advirtieron algunas brechas significativas que exigen lecturas distintas según se trate de archivos inadecuados o no. La lectura más significativa proviene de los archivos inadecuados; en éstos, se aprecian sobrevaloraciones (brechas negativas) por parte del fiscal cuando le otorga valor a la toma de declaraciones (son marcadamente negativas cuando se trata de investigados (-0.8). Esto quiere decir, según la muestra, que los fiscales, para archivar, estarían dando más importancia de la debida a la declaración de investigados –valorada sustantiva y particularmente por el equipo investigador como imprecisa, con vacios y contradictoria– por encima de otros actos de investigación.

25. Según las disposiciones de archivo, las principales razones para archivar una denuncia de peculado y/o de colusión, son: (i) no es delito, 36% y (ii) falta de pruebas, 31%. Este es el dato sin distinguir archivos inadecuados o no; pero, centrando el análisis sólo en los archivos inadecuados, se puede apreciar que la tendencia cambia significativamente. En estos archivos las principales razones son: (i)

falta de pruebas, 41% y (ii) no es delito, 14%. El estudio realizado revela, primero, que este cambio brusco de tendencias que presentan los archivos inadecuados es consistente en los delitos investigados cuando se alega "falta de pruebas": 46% en colusión, 37% en peculado y 45% en ambos delitos (promedio ponderado general 41%). Lo mismo puede decirse cuando la razón alegada es: "no es delito"; 15% para peculado, 9% para colusión y 15% para las denuncias en las que concurren ambos delitos (promedio ponderado general 14%). Lo segundo que se revela, es que los fiscales marcadamente transparentan más dificultades para investigar, que para identificar la conducta como delictiva; y ello se infiere válidamente, puesto que la premisa sobre la que se asienta este análisis es que se trata de casos donde existe convicción acerca de la existencia de indicios reveladores de la comisión delictiva.

26. El recurso de elevación de actuados es un mecanismo que permite corregir errores en los que puedan haber incurrido los fiscales. Cumple también con la función de homogenizar y unificar criterios en las Fiscalías Anticorrupción. Del total de archivos revisados, el 37% en promedio subió a revisión de parte del fiscal superior (48% para peculado, 29% para colusión y 23% cuando concurrieron ambos delitos). Igual, la denuncia terminó por archivarse.

27. Se identificaron problemas con el procesamiento de los recursos de elevación de actuados. En primer lugar, las disposiciones de los fiscales superiores ordenan la realización de diligencias adicionales sin precisar qué aportarán a la investigación; lo que termina incidiendo poco en el criterio original del fiscal, quien finalmente archiva nuevamente la denuncia.

    Otro problema se presenta en la determinación de los sujetos pre procesales a ser notificados con la disposición de archivo, y de los legalmente autorizados para impugnarla. Hay interpretaciones sobre el primer asunto que limitan la posibilidad de que sean los denunciantes quienes interpongan recurso de elevación de actuados (pese a que actualmente sean quienes lo hacen con mayor frecuencia), por no ser considerados "partes" en el proceso. Algo similar ocurre con la Procuraduría Anticorrupción, la cual, al no ser notificarla en todos los casos por no ser considerada "agraviada" (en muchos se notifica sólo a la Procuraduría de la entidad afectada), no puede intervenir oportunamente para cuestionar el archivo. Afortunadamente, estas posiciones no son mayoritarias, máxime tras la modificación del artículo 334º del NCPP introducida por la Ley Nº 30076, que establece en su inciso 1 que la disposición de archivo debe ser notificada al denunciante, al agraviado y al denunciado, y en su inciso 5, cuando precisa que el denunciante o agraviado que no esté de acuerdo con la disposición de archivar las actuaciones, o de reservar provisionalmente

la actuación, puede requerir al fiscal para que eleve las actuaciones al fiscal superior.

Se han identificado también algunos problemas de interpretación con la ley penal en los que incurren los fiscales provinciales, pero que no son corregidos por los fiscales superiores. Los temas son variados e incluyen la interpretación sobre la naturaleza de la conducta típica del delito de peculado, la insistencia en exigir perjuicio patrimonial para el delito de colusión, y las condiciones de la relación funcional exigibles para la configuración del delito de peculado.

Por último, se han apreciado deficiencias en su redacción y estructura, lo que se observa en la falta de homogeneidad en listar las evidencias recolectadas así como en la información que cada una de éstas aporta.

*Aspectos de Política y Gestión advertidos que inciden en labor fiscal*

28. El NCPP estableció un plazo de 120 días naturales como plazo para la investigación preparatoria, ampliable por causas justificadas hasta por un máximo de 60 días naturales. Aunque podía entenderse, de acuerdo a la interpretación del NCPP, que el plazo de las diligencias preliminares estaba incluida en el plazo de investigación preparatoria, la Corte Suprema consideró como distinto el plazo de cada una de ellas: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha. También realizó diversas interpretaciones al "plazo distinto" que podía fijar el fiscal en las diligencias preliminares, estimando inicialmente que este no podía ser mayor al plazo máximo de la investigación preparatoria; y, aclarando posteriormente, en otra casación, que este plazo máximo debía entenderse en 120 días. Hubo un tercer pronunciamiento casatorio respecto al plazo para las investigaciones complejas en la fase de diligencias preliminares, considerando que el plazo es de 8 meses.

    En este escenario confuso los fiscales realizaban sus investigaciones. Es probable que la falta de uniformidad de criterios en este periodo haya generado laxitud al momento de interpretar los plazos máximos con los que se contaba para realizar las investigaciones por peculado y colusión. A esta idea abonan las manifestaciones de fiscales recogidas en la investigación respecto a la extensión de los plazos ("muy cortos") –de hecho no por nada se ha verificado en la muestra que los fiscales tardan en promedio en archivar denuncias 58 días para rechazos liminares y 275 días para rechazos no liminares, es decir, fuera de todos los plazos interpretables–, y la heterogeneidad respecto del tiempo que los fiscales se toman para realizar las diligencias preliminares.

29. Los fiscales de los distritos examinados no cuentan con guías ni protocolos de investigación para estos delitos. Hay manuales de corte general que no se adaptan a los delitos de corrupción de funcionarios. Ante esta carencia se han desarrollado algunas pautas (directivas dictadas por los órganos distritales, reuniones de fiscales coordinadores y controles ejercidos por los fiscales provinciales hacia sus adjuntos) y lineamientos sustitutos (experiencia, rutina, sentido común) que en la práctica se han mostrado poco efectivos para uniformizar actuaciones y preparar a los fiscales –especialmente nuevos en el subsistema anticorrupción– para investigar delitos complejos.

30. Al tiempo de realizarse este estudio estaba vigente el Reglamento de Funciones de los Fiscales Coordinadores del Código Procesal Penal, el cual fue derogado por el nuevo Manual de Organización de Funciones del Despacho Fiscal Penal Corporativo, aprobado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 1735-2014-MP-FN. Dicho Reglamento establecía funciones generales más orientadas a la administración (control y reporte), que a la coordinación en temas jurídicos. Lo que llevó que en la práctica a que los fiscales coordinadores se encarguen de controlar la asistencia del personal, coordinar actividades académicas, asignar casos entre los fiscales, entre otras funciones generales. Esta situación varía significativamente en el nuevo Manual que manifiesta la intención de estandarizar el funcionamiento de despachos y reorientar la labor fiscal más hacia lo jurídico –con un enfoque en la investigación del delito– que favorezca la generación de indicadores de desempeño: programar diligencias, coordinar pautas de investigación, identificar patrones de corrupción, unificar criterios de archivo y de prueba indiciaria, entre otros.

    El nuevo Manual también dispone que la asignación y distribución de las carpetas fiscales debe responder a criterios técnicos, tales como el nivel jerárquico, la naturaleza y complejidad del caso, los tipos delictivos, el perfil del fiscal, el volumen del trabajo, el número de casos, el impacto social, y bajo el marco del principio de distribución equitativa; además, restablece la función de apoyo del Fiscal Adjunto Provincial y criterios de control y seguimiento del Despacho Fiscal Penal Corporativo, entre otros aspectos. En este sentido, constituye un avance importante respecto al esquema anterior y regula positivamente algunos aspectos que los fiscales entrevistados remarcaban como necesarios. Su implementación está pendiente de la adecuación del sistema informático a la organización y funciones previstas en el Manual, así como al programa de capacitación previsto sobre el sistema de gestión fiscal renovado.

31. No se evidencia en los distritos fiscales estudiados uniformidad de criterios respecto a la relevancia jurídica de denuncias por peculado

y colusión, que determine su conocimiento por parte del Ministerio Público. Es decir, saber qué casos investigar y cuáles rechazar.

Esta falta de uniformidad, que estaría llamada a resolver el Ministerio Público, ha hecho que sean los propios fiscales quienes en forma aislada, individual y sobre la base de reglas informales y personales no uniformes, los que vengan aplicando el filtro entre denuncias relevantes y no relevantes para las que se practican diligencias preliminares. El resultado es una variedad de criterios no documentados ni sistematizados que son fijados en forma implícita y por canales no institucionales. Sin bien las fiscalías superiores podrían jugar un rol importante en este aspecto, no se evidencia que esto haya sucedido en los distritos bajo estudio. Más aún, puede decirse que la actuación de las fiscalías superiores al evaluar los recursos de elevación de actuados ha generado incentivos negativos, ya que se aduce –por algunos fiscales entrevistados– que suelen ordenar sin mayor motivación que se realicen diligencias preliminares en los archivos liminares.

32. Toda política de generación de competencias requiere el desarrollo de tres capas, que son la capacitación (en temas generales y de base), la formación (capacitaciones modulares continuas y bajo objetivos precisos y prácticos ligados directamente al trabajo fiscal) y la especialización (profundización en técnicas para el trabajo fiscal al nivel de investigación, operativo, gestión y jurídico). De éstas, a decir de la investigación realizada y de las declaraciones registradas, el Ministerio Público, a través de su Escuela, ha desarrollado básicamente la primera como política dirigida a las Fiscalías Anticorrupción. Pero además, lo ha hecho sin continuidad (la mayoría de capacitaciones se realizaron en el 2011, pero han tendido a disminuir pese a la necesidad de capacitación que aumenta con el cambio del personal), en forma centralista (concentradas principalmente en Lima), y de manera no inclusiva (sin participación de peritos). No obstante, es necesario apuntar que se ha registrado el desarrollado de algunas otras capacitaciones por parte de otras instituciones y en el marco de convenios interinstitucionales para la eficaz persecución de los delitos de corrupción, o a propósito de la implementación del NCPP: Ministerio de Justicia, Contraloría y Poder Judicial. Aún así, dada la naturaleza general de las capacitaciones, los fiscales han manifestado su limitada utilidad para la investigación y los aspectos concretos que realizan, lo que ha ocasionado que ellos mismos financien su formación y especialización.

33. La rotación de fiscales, provisionales e incluso titulares, es una política común en las Fiscalías Anticorrupción estudiadas que, según los mismos fiscales, se puede usar tanto como una forma de reasignación de recursos, como de amedrentamiento por motivos políticos, especialmente, ante casos altamente mediatizados o que pueden

afectar intereses subalternos de algunas autoridades. La rotación –aducen– entorpece el curso regular de las investigaciones.

34. La generalidad en el Reglamento que determina las funciones de los fiscales coordinadores provinciales ha propiciado que el desempeño en este puesto esté altamente influenciado por dos características: la personalidad (dinámica o pasiva) de quien ejerce el cargo y la comunicación (abierta o cerrada) que éste propicia o que ya existe en la Fiscalías Anticorrupción. La combinación de estas características da lugar a cuatro estilos de coordinación que se han identificado en los distritos judiciales analizados: proactivo, administración abierta, organización lotizada pura y desorganización con dinámica. Cada estilo implica un tratamiento distinto de las funciones jurídicas asignadas a cada fiscal coordinador y en el grado de corporativización logrado. No hay un estilo de coordinación único en cada distrito fiscal, mas sí, uno predominante.

    Los estilos de coordinación pueden propiciar o desalentar buenas prácticas corporativas. El estudio ha revelado algunas positivas como las simulaciones de audiencias para entrenar a fiscales en la etapa del juicio oral, el reemplazo entre los mismos para realizar diligencias o la realización en conjunto de algunas de ellas, normalmente motivada por la complejidad del caso. Éste criterio de la complejidad, sumado al de relevancia social de un caso, suele ser determinante, según la percepción fiscal recogida, para que la realidad se imponga a cualquier estilo de coordinación poco proactivo.

35. Los fiscales entrevistados coinciden en identificar los varios mecanismos existentes para controlar la calidad de su trabajo: recurso de elevación de actuados, control de calidad del trabajo entre fiscales, Fiscalía Suprema de Control Interno, ratificación por parte del Consejo Nacional de la Magistratura y control judicial. En la práctica, tales controles son básicamente herramientas de control jurídico con escasa efectividad para controlar la calidad de las investigaciones *ex ante*, durante y *ex post* a la disposición. Esta percepción es la consecuencia de lo que se ha definido en este estudio como "juridicialización", es decir, la imposición de una estructura jurídica y procesal a lo que debería ser monitoreado y corregido por mecanismos de gestión: planteamiento de la investigación, la definición de diligencias pertinentes y pendientes, la formación de la teoría del caso, el orden de las diligencias, el planteamiento correcto de los pliegos de preguntas para las declaraciones, la evaluación de la necesidad de técnicas especiales, etc.

    El peso de los controles de "juridicialización" opaca el potencial beneficio de los controles de gestión en los distritos fiscales analizados. Mientras que los primeros cuentan con reglas establecidas en el NCPP,

los segundos no precisan reglas claras ni tampoco objetivos definidos institucionalmente. Por ello, la importancia de éstos últimos varía mucho entre distritos fiscales, fiscalías y fiscales. Varía entre la revisión de la estrategia de investigación únicamente de casos complejos o emblemáticos, hasta la verificación de los plazos de cumplimiento de las investigaciones en curso.

El resultado es un sistema donde las diligencias y las disposiciones de cada fiscal son controladas en una limitada proporción, bajo criterios sesgados a lo jurídico y procesal, y con estándares de eficiencia fijados sobre todo en la mayor producción y no tanto en la mejor calidad. Esto explica, en buena parte, por qué 1 de cada 3 archivos es inadecuado (en Áncash, Junín y Ayacucho) y por qué éste ha sido un problema poco advertido por las Fiscalías Anticorrupción estudiadas.

36. El Sistema de Gestión Fiscal permite acopiar información estadística valiosa para la función de las Fiscalías Anticorrupción, además de tener otras funcionalidades como la de permitir la subida de las disposiciones en formato electrónico. El Sistema es una gran ventaja frente a sistemas anteriores, pero aún no desarrolla toda la potencialidad requerida para medir la carga fiscal atendiendo a su complejidad –todo archivo liminar vale igual que un archivo no liminar al margen de la cantidad de trabajo invertido en las diligencias para cada caso–; o para superar una lógica de conteo individual de casos en lugar de una corporativa.

    Pero hay un tema mayor. El SGF ha sido reducido a su módulo de monitoreo de los plazos de las investigaciones, el conocido "semáforo". La herramienta, reducida a una de control de plazos, se basa en la lógica de incentivos negativos que el órgano de control interno del Ministerio Público ha creado: incumplir plazos acarrea sanción. No se la percibe con la lógica opuesta para, por ejemplo, apoyar a fiscales sobrecargados o con varias investigaciones por vencer. Y sobre esta base se han construido controles hacia los fiscales que incentivan el cumplimiento de plazos de las investigaciones por encima de la calidad del trabajo que deben hacer para cerrar las investigaciones, lo que en no poco casos significa archivar inadecuadamente una denuncia, tal como señalan los mismos fiscales.

*Rol de actores clave que inciden en la labor fiscal: Procuraduría Anticorrupción y Contraloría*

37. El análisis de actores clave se centró básicamente en la Procuraduría Anticorrupción y en la Contraloría General de la República. Ésta última, como resultado de sus acciones de control, emite informes que establecen responsabilidades a los funcionarios por la comisión

de infracciones y/o irregularidades, las que pueden ser calificadas como administrativas-funcional, civiles o penales. En el último caso, el informe es derivado a la Procuraduría competente, que, a su vez, presenta la denuncia ante la Fiscalía Anticorrupción correspondiente para que, de considerarlo procedente, inicie diligencias preliminares en el trámite de una investigación.

La Contraloría tiene una función importante que contribuye a la labor que desarrollan las Fiscalías Anticorrupción. Ella puede realizar auditorías a empresas estatales a través de empresas privadas, puede tomar declaraciones, solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario o tributario, recabar declaraciones juradas de los funcionarios, contratar expertos en la materia auditada, siendo lo más importante su facultad para acceder a cualquier documentación interna de la entidad pública investigada sin límites temporales y sin importar si la información es secreta.

38. Se ha verificado cuatro situaciones relevantes que reportar en relación a la incidencia que la acción de la Contraloría tiene en la labor fiscal, a propósito del análisis de las carpetas objeto de estudio. La primera es la ausencia de un criterio unificado con las Fiscalías Anticorrupción para diferenciar infracciones administrativas de delitos de corrupción de funcionarios. Esto ocasiona que una parte de las denuncias derivadas de informes de la Contraloría sean archivadas por deficiente tipificación (sólo eran infracciones administrativas y no hechos penales).

    El segundo punto se deriva de una de las ventajas antes citadas. El tiempo abierto que la Contraloría puede tomarse para investigar eleva el riesgo de que la documentación en manos de la entidad sea alterada o desaparezca cuando sean los fiscales anticorrupción los que asuman la investigación de los hechos denunciados. Esto tendría visos de estar por superarse parcialmente con la implementación de la llamada *carpeta de control* de la Contraloría; que busca instituir un canal para que el fiscal tenga acceso a información que maneja esta entidad como consecuencia de la acción de control que tiene en trámite. Esto incidiría positivamente en la obtención de la documentación que pueda tener el Fiscal de la información procesada por esta entidad.

    En tercer lugar, los fiscales se quejan del lenguaje técnico en exceso empleado por la Contraloría en sus informes. La experiencia fiscal recabada da cuenta de que, en ocasiones, se cita al auditor de la Contraloría para explicar alcances de su informe, lo que, si bien es positivo, al mismo tiempo revela las dificultades que tienen los fiscales para comprender materias especializadas sobre contrataciones y adquisiciones públicas, así como su necesidad de capacitación especializada.

Finalmente, se ha identificado que la comunicación entre los fiscales de las Fiscalías Anticorrupción y la Contraloría sigue un proceso bastante engorroso que implica subir la consulta por escrito al fiscal provincial y luego al Fiscal de la Nación, quien remitirá un oficio a la jefatura de la Contraloría para que ésta derive la consulta al funcionario encargado de absolverla.

39. La función de la Procuraduría Anticorrupción es asegurar el resarcimiento económico (reparación civil) que le corresponde al Estado cuando se cometen delitos como los de corrupción de funcionarios. Asimismo, tiene un rol importante en el reforzamiento de la actividad del fiscal en su labor persecutoria: recibe denuncias y las canaliza directamente a las Fiscalías Anticorrupción.

    En el análisis que se hizo de su participación en el proceso penal y su incidencia en la labor fiscal identificamos cuatro situaciones relevantes. La primera, valorada como una fortaleza, es su capacidad de participar en el proceso presentando evidencias de todo tipo, participando en las diligencias y requiriendo información a las entidades de los investigados. La segunda, también valorada como fortaleza, es una derivación de la anterior: tiene la facultad de aportar información contable o financiera especializada vinculada con el caso, lo que alivia la congestión del trabajo que tienen los peritos de las Fiscalías Anticorrupción.

    Estas dos fortalezas se contraponen a dos debilidades advertidas en el trámite de la investigación. La primera es la débil capacidad operativa (pocos abogados y jurisdicciones por procurador que abarcan más de un distrito fiscal), por consiguiente, participación limitada a la presentación de la denuncia y del recurso de elevación de actuados, sin tener mayor presencia en el proceso penal entre uno y otro momento. La Procuraduría está facultada por sus atribuciones legales para sugerir actos de investigación, por ejemplo, e incluso orientar a los fiscales acerca de las acciones a tomar diseñando con ellos una teoría del caso razonable y apoyándolos en el acopio de documentación y toma de declaraciones.

    La segunda debilidad es también la consecuencia de la limitada capacidad operativa advertida. Se apersona en pocos casos y muchas veces en forma tardía: el 89% de sus apersonamientos, según la muestra, se da luego de la notificación del archivo de la denuncia y habiendo vencido el plazo para interponer el recurso de elevación de actuados. Y cuando sí presentan este recurso, se ha identificado que en 1 de cada 3 casos (33%) lo hace fuera del plazo, razón por la cual éste es

rechazado. Esto puede explicarse por la disparidad de criterios que se ha registrado entre fiscales respecto al plazo para interponer el citado recurso: 5 días o 3 días. Con todo y ello, lo cierto es que la Procuraduría sólo fue notificada por el 52% de las denuncias de peculado y colusión estudiadas –archivadas no liminarmente–; habiéndose verificado, además, que de esta cantidad de denuncias no se les notificó de su posterior archivo en un 17%.

Así, sus amplias facultades se han concentrado en la participación en casos emblemáticos y la obtención y cobro de la reparación civil, reduciéndose en la práctica el importante y estratégico rol que puede cumplir en otros casos de mediano nivel.

# RECOMENDACIONES

**A la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas**

1. Priorizar en el presupuesto público las necesidades del Ministerio Público para la implementación eficiente de la reforma procesal penal; particularmente, las necesidades que demanda el modelo corporativo en las Fiscalías Anticorrupción y la potenciación de las herramientas de gestión para la toma estratégica de decisiones y la generación de información sobre el fenómeno de la corrupción en la administración pública.

**A la Fiscalía de la Nación**

2. Implementar en el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público una unidad especializada para la identificación de patrones de corrupción (comunes, nuevos, focalizados en ciertas entidades públicas, redes, etc.); la cual, a partir del análisis de la casuística de los despachos fiscales, así como de aquellas denuncias ciudadanas que no prosperen en el subsistema anticorrupción, pueda generar políticas preventivas para la intervención temprana de las Fiscalías Anticorrupción, así como también propiciar una mejora para la comprensión del *modus operandi* de la corrupción en la administración pública y en las técnicas de investigación para enfrentarla, especialmente, en los tipos habituales de peculado y colusión.

3. Desarrollar directivas que permitan:

    - Establecer criterios de necesidad para racionalizar el uso de la pericia en las Fiscalías Anticorrupción, especialmente en los casos de peculado y colusión. En estos lineamientos debería explicitarse la obligación del fiscal de señalar cuál es el objetivo concreto de la pericia requerida en función a la teoría del caso con la que asume la investigación.

    - Sustentar los criterios –técnicos, razonables y transparentes–

para la rotación de fiscales. La objetivización de estos criterios decididamente contribuirá a generar confianza entre los fiscales respecto al respaldo institucional en el trámite de investigaciones complejas y sensibles ante la opinión pública; a la vez, contribuirá a desacreditar cualquier cuestionamiento que se haga a la imparcialidad e independencia de la labor fiscal por presiones políticas o mediáticas.

- Precisar criterios de oportunidad y los supuestos a partir de los cuales puede archivarse denuncias tras la realización de diligencias preliminares; en el mismo sentido, los supuestos en los que puede proceder el archivo de la denuncia por irrelevancia jurídica o cuando el perjuicio patrimonial sea exiguo para la administración pública.

4. Establecer lineamientos a nivel de los despachos fiscales referidos a:

    - Consignación –en cada citación a declaración de denunciantes, testigos e investigados– de la doble fecha de citación, para así evitar el envío y la demora consiguiente de un segundo oficio para el mismo propósito.

    - Ejercicio de la capacidad fiscal de citar de grado o fuerza a las personas investigadas que no asisten a la toma de declaración.

5. Desarrollar protocolos de investigación fiscal para los delitos de peculado y colusión –y evaluar la necesidad de hacerlo para la investigación de otros delitos contra la administración pública– en base a la colaboración de profesionales especialistas en la materia –entre los que deben destacar los fiscales mejor considerados por su rendimiento y prestigio–, con el fin de establecer una línea de base homogénea para la investigación fiscal y hacer frente con ello a la irregularidad, informalidad y disparidad de las prácticas de investigación que se advierten entre los hallazgos de este estudio. Algunas áreas que se beneficiarían largamente de la existencia de protocolos, son: la planificación de la investigación en función a las distintas modalidades de peculado y colusión identificadas en el estudio; la evaluación de la forma de obtención de documentación (solicitud por vía escrita, constitución o incautación); la articulación entre evidencias e indicios; la toma de declaraciones; el encargo pericial; la interpretación de los informes de Contraloría; entre otros.

   El principal objetivo de estos protocolos debe ser la fijación de pautas de actuación comunes en las Fiscalías Anticorrupción. Las pautas básicas a establecerse en estos protocolos deben ser determinados a partir de las principales modalidades de delitos de corrupción y tomando como

referencia las buenas prácticas aplicadas por las diversas Fiscalías Anticorrupción en la investigación.

Los protocolos propuestos deberían hacer referencia al marco normativo internacional y nacional aplicable para la persecución de cada tipo delictivo, además de contener una descripción de los mismos (naturaleza, características) con el propósito de homogenizar el criterio fiscal respecto a las circunstancias que deben concurrir para advertir la presunta comisión del delito, y antes, para calificar al caso como relevante jurídicamente o complejo; deberían, en el mismo sentido, precisar las diligencias mínimas que deberían practicarse en función del tipo delictivo investigado y las circunstancias estándar que concurren en el hecho típico de corrupción.

Asimismo, los protocolos deberían explicitar procedimientos de protección a víctimas, testigos y colaboradores eficaces; y, ello, con miras a uniformizar criterios acerca de la oportunidad para solicitar dichas medidas, así como para su conclusión. Lo propio debe hacerse para la protección de peritos, tal y cual lo prevé la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

En cuanto a la coordinación interinstitucional, las pautas plasmadas en ellos, deberían formalizar el modo de proceder para llevar a cabo operativos conjuntos con la Policía Nacional; especialmente, para la detección de delitos de corrupción en flagrancia y el acopio de elementos de prueba en los mismos.

Por último, la explicitación debería también alcanzar a las decisiones fiscales. Se hace necesario precisar los parámetros bajo los cuales se medirá su calidad por los órganos de control.

6. Adecuar la Directiva Nº 009-2012-MP-FN "Plazo para impugnar las disposiciones fiscales de archivo o de reserva provisional" del 8 de agosto de 2012, optando por el sentido interpretativo que ofrezca un mayor grado de protección al derecho a la impugnación desarrollado por el Tribunal Constitucional. Esto es, respetando el plazo de cinco días establecido en el artículo 334.5º del NCPP.

7. Implementar en el breve plazo:

   - El rediseño de la estructura organizacional y funcional del despacho fiscal recogido en el Manual de Organización de Funciones del Despacho Penal Corporativo, dado que –entre otros

aspectos– otorga directamente al Fiscal Superior la coordinación y liderazgo, acorde con su nivel jerárquico establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público; establece las actividades de coordinación y de subordinación, respetando el principio de jerarquía y el principio de autoridad; delimita las áreas de trabajo, las funciones del personal administrativo, de los órganos de apoyo; establece criterios de asignación y distribución de casos al Fiscal Provincial como responsable directo de la dirección y conducción de las investigaciones, restableciéndose la función de apoyo del Fiscal Adjunto Provincial.

- Medidas de apoyo para los fiscales con un determinado número de casos fuera del plazo de investigación o cercanos a vencer. Para ello se debería tener como referencia al "semáforo" del Sistema de Gestión Fiscal. Estas medidas pueden incluir la creación de equipos de apoyo para despachos con alta carga y así compensar las deficiencias para una célere investigación derivadas de problemas estructurales de política fiscal (falta de recursos, peritos, etc.).

8. Implementar reformas en el Sistema de Gestión Fiscal que tiendan a una valoración corporativa del despacho fiscal –en preferencia a la individual– y que incorporen:

   - No solo indicadores de eficiencia sino indicadores de eficacia para el monitoreo, control y evaluación del desempeño de los fiscales.

   - Indicadores para la medición de la carga de casos, a fin de que se tome en cuenta la complejidad de las investigaciones (más allá de la definición dada por el NCPP), el número de diligencias programadas, las diligencias ante el Poder Judicial, entre otras; sólo así se alcanzará un mayor sentido de justicia a la comparación del rendimiento entre un fiscal y otro, y entre un distrito fiscal y otro.

   - Indicadores de monitoreo para medir la evolución del porcentaje de denuncias archivadas por distrito fiscal y por delito, superando problemas en el registro estadístico del Sistema de Gestión Fiscal, como lo es la duplicidad en el registro de casos. Se sugiere incluir indicadores que permitan verificar la cantidad de diligencias proyectadas, realizadas y reprogramadas; la duración de cada diligencia; la cantidad de solicitudes de información enviadas y respondidas; entre otras.

9. Celebrar convenios interinstitucionales con la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

(OSCE), entre otros, que les permitan a los fiscales la conectividad con las bases de datos externas a fin de que –en el breve plazo y respetando el derecho de protección de datos personales– puedan contar con información relevante para la investigación.

10. Priorizar recursos presupuestarios para la contratación de una mayor cantidad de peritos contables, financieros, informáticos, especializados en mecánica y en audios, pues el reducido número de éstos en cada distrito fiscal estudiado, viene perjudicando la celeridad de las investigaciones fiscales. Asimismo, priorizar recursos para establecer un mejor sistema de incentivos para los peritos, que procure mejoras salariales, bonificaciones u otros beneficios que contribuyan a mejorar la calidad de su trabajo.

**A los fiscales superiores coordinadores y fiscales provinciales**

11. Instaurar buenas prácticas corporativas que han surgido en algunos distritos fiscales como la simulación de audiencias y el juego de roles con el objetivo de preparar a los fiscales para juicio oral, y en general, propiciar un trabajo más corporativo en los despachos fiscales.

12. Crear mecanismos de control periódicos de la calidad del trabajo de investigación fiscal, basados en la revisión de un número determinado de carpetas de cada fiscal. Los aspectos que se podrían evaluar son: despliegue de diligencias, teoría del caso formada, calidad de la toma de declaraciones, identificación de indicios en evidencias, etc., y ser considerados para la permanencia y promoción de la carrera fiscal dentro del Ministerio Público.

**A la Fiscalía de la Nación, la Escuela del Ministerio Público y las autoridades en cada distrito fiscal**

13. Crear y mantener programas continuos para la formación y la especialización del personal de las fiscalías especializadas y no especializadas en delitos de corrupción dirigidos a fiscales superiores, fiscales provinciales, fiscales provinciales adjuntos, asistentes en función fiscal y peritos. Estos programas deberían prescindir de materias generales y básicas y orientarse a la formación especializada que respondan a la realidad de las Fiscalías Anticorrupción. Algunos temas clave son: contrataciones y adquisiciones públicas, técnicas de toma de declaraciones, teoría del caso y técnicas de litigación oral. El enfoque de estos programas debe ser práctico y aplicado a la realidad de casos que ven las fiscalías anticorrupción.

**Al Ministerio de Justicia y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción**

14. Instar a que tengan una acción más oportuna al momento de presentar los recursos de elevación de actuados contra las disposiciones de archivo, ya que en una cantidad significativa de casos –a decir de la muestra recogida en esta investigación– lo estarían haciendo fuera del plazo de ley.

15. Fortalecer los equipos en cada distrito fiscal, con una mayor cantidad de abogados u abogadas y de capacitaciones, siempre que las previsiones presupuestarias se lo permitan. En el mismo sentido, procurar que cada jurisdicción de Procuraduría se corresponda con la de cada distrito fiscal, ya que ello evitaría ampliar la jurisdicción de los procuradores quienes actualmente cubren varias regiones.

**Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado**

16. Evaluar la necesidad de modificar su normativa para que sea obligatorio que, en el marco de las contrataciones y adquisiciones públicas, se suba el expediente administrativo completo (incluyendo anexos, expedientes de postores no ganadores, etc.) a la *web* del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, ya que esto evitaría que los fiscales tengan que solicitar tal información por requerimiento escrito para sus investigaciones. Se ganaría tiempo y sobre todo oportunidad de acceso a documentación clave para el trabajo fiscal.

**Al Archivo General de la Nación**

17. Instar a que desarrolle normativa específica para regular la conservación de archivos en municipalidades provinciales, gobiernos regionales y otras entidades, donde existan presuntos actos de corrupción, advertidos como consecuencia de una investigación fiscal en curso.

**A la Contraloría General de la República**

18. Establecer que las carpetas de control que contienen evidencias sobre hechos vinculados a una investigación fiscal, deben ser remitidas a la brevedad posible a los despachos fiscales que las requieren, considerando que su demora incide en el plazo de investigación fiscal.

**A las entidades públicas en general**

19. Exhortar a atender –en el breve plazo– los requerimientos formulados por los fiscales en el marco de las investigaciones de los delitos por corrupción, teniendo presente que éstas deben cumplir con el plazo establecido en el NCPP, máxime si actúan en calidad de denunciante.

# ANEXOS

## Anexo 1
## Criterios para calificar las disposiciones fiscales

### Evaluación de calidad en la narración de los hechos denunciados

| | Orden, claridad y completitud en la narración de los hechos denunciados |
|---|---|
| 1 | La narración no está ordenada cronológicamente, ni utiliza signos de puntuación o párrafos para separar las ideas, ni menciona todos los hechos expuestos en la denuncia. |
| 2 | La narración no está ordenada cronológicamente, ni utiliza signos de puntuación o párrafos para separar ideas, aunque sí menciona todos los hechos expuestos en la denuncia. |
| 3 | La narración está ordenada cronológicamente y menciona todos los hechos expuestos en la denuncia de parte, pero no utiliza apropiadamente signos de puntuación ni párrafos, de manera que no se entienden bien los hechos. |
| 4 | La narración está ordenada cronológicamente, abarca todos los hechos de la denuncia de parte, usa apropiadamente los párrafos y signos de puntuación de manera que se emplean los hechos, pero emplea un lenguaje técnico, no entendible. |
| 5 | La narración está ordenada cronológicamente, abarca todos los hechos de la denuncia de parte, usa apropiadamente los párrafos y signos de puntuación sin emplear un lenguaje excesivamente técnico. |

**Evaluación de calidad en la investigación efectuada**

| | **Completitud en el listado de las evidencias encontradas y de los indicios no hallados** |
|---|---|
| 1 | No se señala de manera ordenada ni se menciona las evidencias que se encontraron o las que faltaron para promover la formalización de la Investigación Preparatoria |
| 2 | Relato incompleto de la totalidad de los medios probatorios, no se señalan las evidencias desprendidas de cada uno de ellos. |
| 3 | Relato incompleto tanto de los medios probatorios como de las evidencias desprendidas de cada uno de ellos. |
| 4 | Se lista en forma completa tanto los medios probatorios como las evidencias desprendidas de cada uno de ellos, especificando con detalle los elementos de indicios a favor de la no formalización y los relaciona en forma suficiente con los elementos del tipo penal en discusión para justificar el archivamiento. |
| 5 | Se lista en forma completa los medios probatorios y las evidencias desprendidas de cada uno de ellos, y los relaciona en forma clara y directa con los elementos del tipo penal en discusión para justificar el archivamiento. |

| | **Coherencia en la información extraída de las evidencias** |
|---|---|
| 1 | Se extrae información equivocada en función a la evidencia recopilada. No hay una relación de concordancia entre los dos elementos. (Falta de coherencia lógica) |
| 2 | La información que se extrae se corresponde con la evidencia que se encontró, pero no se menciona toda la evidencia que estaba disponible en los medios probatorios analizados. (No se valora cada evidencia) |
| 3 | Se menciona la información completa que ofrecen todos los medios probatorios recopilados, sin extraer conclusiones independientes de cada uno por separado. (Se enuncia los medios probatorios pero no se las valora) |
| 4 | Se menciona la información completa que ofrecen todos los medios probatorios recopilados extrayendo conclusiones independientes de cada uno por separado cuando corresponde. (Valoración individual no conjunta) |
| 5 | Se menciona la información completa que ofrecen todos los medios probatorios recopilados extrayendo conclusiones independientes de cada uno por separado y sin emplear un lenguaje excesivamente técnico. |

| | Claridad en la determinación de las causas del archivo |
|---|---|
| 1 | No se indica cuál es la causa del archivo (no se precisa si es por atipicidad, ausencia de elementos probatorios, prescripción o cosa decidida) |
| 2 | No se evidencia una conexión clara con el análisis que se hizo de los medios probatorios. |
| 3 | No se precisa las causas del mismo, no obstante contener algunas conexiones claras, aunque otras débiles, con el análisis de las evidencias e indicios encontrados o no hallados. |
| 4 | Se identifica las causas del mismo y se muestra conexión con la mayor parte del análisis de las evidencias encontradas y los indicios no hallados |
| 5 | Se identifica muy bien las causas del mismo y una conexión clara y directa con las evidencias encontradas y los indicios no hallados |

**Anexo 2**
**Lista de actividades académicas promovidas por la Escuela del Ministerio Público en Áncash, Ayacucho, Junín y Lima**

| Año | Actividad académica | Fecha | Lugar |
|---|---|---|---|
| 2011 | Taller de difusión sobre el Uso de la Guía de Actuaciones Fiscales en el NCPP. | 27, 28 y 29 de abril de 2011 | Áncash |
| 2011 | Taller NCPP II: Entrenamiento y Capacitación Nuevo Código Procesal Penal | 23 y 24 de mayo de 2011 | Áncash |
| 2011 | Técnicas y Destrezas para la Oralidad en el Código Procesal Penal | 25 y 26 de agosto de 2011 | Áncash |
| 2011 | Taller de difusión sobre el Uso de la Guía de Actuaciones Fiscales en el NCPP. | 25, 26 y 27 de abril de 2011 | Ayacucho |
| 2011 | Técnicas y Destrezas para la Oralidad en el Código Procesal Penal | 13 y 14 de setiembre de 2011 | Ayacucho |
| 2011 | Taller NCPP II: Entrenamiento y Capacitación Nuevo Código Procesal Penal | 26 y 27 de mayo de 2011 | Junín |
| 2011 | Técnicas y Destrezas para la Oralidad en el Código Procesal Penal | 04 y 05 de agosto de 2011 | Junín |
| 2013 | Seminario: Perspectivas del Sistema Anticorrupción de Junín | 02 de abril de 2013 | Junín |
| 2010 | Taller de entrenamiento y capacitación para el Ejercicio de la Función Fiscal en el Nuevo Código Procesal Penal | Del 13 al 17, 20 y 21 de diciembre de 2010 | Lima |
| 2011 | Talleres sobre simulación de Audiencias Preliminares | Del 03 al 07 de enero de 2011 | Lima |
| 2011 | Taller de Entrenamiento sobre el Nuevo Código Procesal Penal Aplicado a los Delitos de Corrupción de Funcionarios | 02 y 03 de febrero de 2011 | Lima |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 2011 | Curso en Técnicas de investigación en Delitos de Corrupción de Funcionarios | Del 28 de marzo al 20 de mayo de 2011 | Lima |
| 2011 | Políticas de Control de la Delincuencia Organizada y la Corrupción | 7 de julio de 2011 | Lima |
| 2011 | Taller de preparación Técnicas de Investigación para Delitos de Corrupción de Funcionarios | 06 y 08 de setiembre de 2011 | Lima |
| 2011 | Primer encuentro de trabajo de las fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios de los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao | 3 y 4 de noviembre de 2011 | Lima |
| 2011 | Técnicas de Investigación para el Control Interno en el Ministerio Público | 01 y 02 de diciembre de 2011 | Lima |
| 2012 | Encuentro de Fiscales para la Implementación del Modelo Procesal Penal Acusatorio - 2012 | Del 14 al 18 de mayo de 2012 | Lima |
| 2012 | Diplomado Internacional: Desafíos del Control Interno del Ministerio Público en el Nuevo Proceso Penal y Disciplinario | Del 12 de julio al 8 de noviembre de 2012 | Lima |
| 2012 | II Curso de Capacitación Teórico-Práctico sobre la Aplicación del Código Procesal Penal en Instancia Suprema. | Del 22 al 25 de octubre del 2012 | Lima |
| 2012 | Taller de Capacitación Fiscal - Administrativa de Investigación y Gestión de Despacho de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios | 06, 07 y 08 de noviembre del 2012 | Lima |
| 2013 | Curso Taller: Aplicación y reforzamiento del trabajo fiscal en el modelo acusatorio | Del 25 al 27 de marzo de 2013 | Lima |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 2013 | Seminario Taller: La responsabilidad de los funcionarios públicos en los procesos de promoción de la inversión pública | 17 y 18 de abril de 2013 | Lima |
| 2013 | Curso: Administración Pública, Control Interno y Actividades Conexas | 05 de junio de 2013 | Lima |
| 2013 | Pasantía Nacional No Financiada dirigida a Fiscales Adjuntos Provinciales de Lima | Del 23 al 27 de setiembre de 2013 | Lima |
| 2013 | Pasantía Nacional No Financiada dirigida a Fiscales Superiores y provinciales de Lima | Del 21 al 25 de octubre de 2013 | Lima |
| 2013 | Aplicación y Reforzamiento del Trabajo Fiscal en el Nuevo Modelo Procesal Penal | 7 y 8 de noviembre de 2013 | Lima |
| 2013 | Curso Taller: Sobre Delitos de Corrupción de Funcionarios | 18, 19 y 20 de noviembre de 2013 | Lima |
| 2013 | Diplomado Internacional: Desafíos del Control Interno del Ministerio Público en el Nuevo Proceso Penal y Disciplinario | Del 25 al 29 de noviembre de 2013 | Lima |
| 2013 | Pasantía Nacional No Financiada dirigida a Fiscales Provinciales, Adjuntos Provinciales y Asistentes en Función Fiscal de Lambayeque | Del 25 al 29 de noviembre de 2013 | Lima |
| 2014 | Pasantía Nacional No Financiada dirigida a Fiscales Provinciales, Adjuntos Provinciales y Asistentes en Función Fiscal de Lambayeque | Del 21 al 25 de abril de 2014 | Lima |
| 2014 | Pasantía Nacional No Financiada dirigida a Fiscales Provinciales, Adjuntos Provinciales y Asistentes en Función Fiscal de Áncash | Del 19 al 23 de mayo de 2014 | Lima |

Fuente: Escuela del Ministerio Público.

**Anexo 3**
**Matrices de correlación entre los criterios clave para evaluar las disposiciones fiscales**

**Archivos inadecuados**

| | Orden y claridad en la narración de los hechos | Listado completo de indicios hallados y precisión de los no hallados | Coherencia en la información extraída de las evidencias | Claridad en la determinación de las causas del archivo |
|---|---|---|---|---|
| Orden y claridad en la narración de los hechos | 1 | | | |
| Listado completo de indicios hallados y precisión de los no hallados | 0.2086 | 1 | | |
| Coherencia en la información extraída de las evidencias | 0.4268 | 0.4156 | 1 | |
| Claridad en la determinación de las causas del archivo | 0.6405 | 0.2386 | 0.621 | 1 |

Nota: Una correlación mayor a 0.7500 puede ser considerada como fuerte.

**Archivos no cuestionados**

| | Orden y claridad en la narración de los hechos | Listado completo de indicios hallados y precisión de los no hallados | Coherencia en la información extraída de las evidencias | Claridad en la determinación de las causas del archivo |
|---|---|---|---|---|
| Orden y claridad en la narración de los hechos | 1 | | | |
| Listado completo de indicios hallados y precisión de los no hallados | 0.4532 | 1 | | |
| Coherencia en la información extraída de las evidencias | 0.5492 | 0.5857 | 1 | |
| Claridad en la determinación de las causas del archivo | 0.5407 | 0.4658 | 0.6263 | 1 |

Nota: Una correlación mayor a 0.7500 puede ser considerada como fuerte.

**Anexo 4**
**Estimación probit (variable dependiente: Archivos inadecuados)**

| | Modelo básico | Diligencias | Tipo | Complejidad | Pericias | No Liminar | Motivos | REA |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Disposición fiscal: Orden y claridad de la narración de los hechos | 0.266 | 0.299 | 0.270 | 0.333 | 0.437 | 0.279 | 0.262 | 0.271 |
| | (0.146) | (0.151)* | (0.146) | (0.271) | (0.375) | (0.147) | (0.154) | (0.147) |
| Disposición fiscal: Completitud en el listado de las evidencias encontradas y de los indicios no hallados | -0.539 | -0.703 | -0.539 | -1.020 | -0.608 | -0.554 | -0.467 | -0.529 |
| | (0.118)** | (0.130)** | (0.118)** | (0.359)** | (0.350) | (0.119)** | (0.121)** | (0.118)** |
| Disposición fiscal: Coherencia en la información extraída de las evidencias | -0.379 | -0.340 | -0.380 | 0.282 | -0.144 | -0.385 | -0.373 | -0.395 |
| | (0.128)** | (0.132)* | (0.128)** | (0.349) | (0.404) | (0.128)** | (0.130)** | (0.129)** |
| Disposición fiscal: Claridad en la determinación de las causas del archivo | -0.675 | -0.764 | -0.687 | -1.319 | -0.949 | -0.687 | -0.744 | -0.670 |
| | (0.129)** | (0.138)** | (0.129)** | (0.332)** | (0.325)** | (0.130)** | (0.136)** | (0.129)** |
| Pertenencia a distrito fiscal de Áncash | 0.513 | 0.538 | 0.489 | 1.262 | 0.211 | 0.498 | 0.489 | 0.555 |
| | (0.208)* | (0.213)* | (0.212)* | (0.436)** | (0.546) | (0.209)* | (0.211)* | (0.212)** |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Pertenencia a distrito fiscal de Ayacucho | -0.108 | -0.105 | -0.069 | | -0.495 | -0.156 | -0.186 | -0.087 |
| | (0.248) | (0.258) | (0.250) | | (1.362) | (0.250) | (0.252) | (0.248) |
| Pertenencia a distrito fiscal de Junín | -0.119 | -0.093 | -0.133 | 0.389 | 0.388 | -0.108 | -0.173 | -0.077 |
| | (0.209) | (0.216) | (0.211) | (0.454) | (0.598) | (0.210) | (0.215) | (0.213) |
| Porcentaje de declaraciones a denunciante realizadas | | 0.159 | | | | | | |
| | | (0.180) | | | | | | |
| Porcentaje de declaraciones a investigados realizadas | | 0.404 | | | | | | |
| | | (0.168)* | | | | | | |
| Porcentaje de declaraciones a testigos realizadas | | 0.623 | | | | | | |
| | | (0.191)** | | | | | | |
| Peculado | | | -0.073 | | | | | |
| | | | (0.207) | | | | | |
| Colusión | | | 0.174 | | | | | |
| | | | (0.190) | | | | | |
| Nro. de denunciados | | | | 0.004 | | | | |
| | | | | (0.120) | | | | |
| Nro. de investigados | | | | 0.056 | | | | |
| | | | | (0.123) | | | | |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| indicios identifica-dos en pericia | | | | | 0.037 | | | |
| | | | | | (0.442) | | | |
| Archivo no liminar | | | | | | 0.312 | | |
| | | | | | | (0.210) | | |
| Razón de archivo: Falta de pruebas | | | | | | | -0.082 | |
| | | | | | | | (0.177) | |
| Razón de archivo: Hecho no es delito | | | | | | | 0.566 | |
| | | | | | | | (0.189)** | |
| Interposición de recurso de elevación de actuados | | | | | | | | -0.188 |
| | | | | | | | | (0.158) |
| Constante | 3.794 | 4.000 | 3.793 | 7.574 | 4.037 | 3.598 | 3.027 | 4.059 |
| | (0.565)** | (0.594)** | (0.599)** | (1.938)** | (1.634)* | (0.579)** | (0.690)** | (0.612)** |
| *N* | 435 | 435 | 435 | 134 | 67 | 435 | 435 | 435 |

* p<0.05; ** p<0.01

Nota: REA significa Recurso de Elevación de Actuados.


cooperación
alemana
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT
Implementada por
giz
Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

# CASO Nº 1

## PRIMERA PRACTICA CALIFICA

### Caso N° 01

**Ricardo Influen Sometín**, es **tesorero de la Municipalidad de Ciudad Feliz** y percibe por este trabajo una remuneración mensual de 1500 soles, monto manifiestamente insuficiente para sostener a su numerosa familia, compuesta por ocho hijos menores y su cónyuge **Francisca Resignación Desesper**, quien, cansada de tantos padecimientos, un día conmina a Ricardo para que atienda mejor a su prole y cuando éste le contesta que no puede hacer más por ellos por la cortedad de su salario, Francisca le replica: "eres un tonto, tienes dinero a la mano en la caja fuerte del municipio donde la guardas todos los días, hazte de él y sácanos de la pobreza". **Ricardo**, convencido por su esposa Francisca, decide apropiarse del dinero que percibe como tesorero municipal, pero para tratar de no ser descubierto se pone de acuerdo con su hermano **Jeremías Influen Sometín**, a quien le dice que al día siguiente va a simular que por descuido deja abierta la puerta de la caja fuerte y no cierra la ventana de su oficina que da a la calle para que por ahí Jeremías ingrese sigilosamente y se lleve el dinero guardado en la caja, como efectivamente así sucede en el día acordado.