



PRESENTACIÓN

¿La gran continuación? La oportunidad perdida en la lucha contra la corrupción

En un número anterior de este boletín señalamos que una gran oportunidad para reimpulsar la lucha contra la corrupción es detectar, investigar y, si corresponde, sancionar penalmente casos de corrupción del más alto nivel gubernamental y, a partir de allí, descender verticalmente hacia los casos intermedios y ordinarios de corrupción pública. Sólo así puede generarse un shock de confianza hacia las políticas de prevención y persecución de la corrupción en una población que tiene una percepción de generalización de la corrupción en el Perú y de la ineficacia de los sistemas institucionales de control y represión¹.

Aquella ha sido la experiencia de sociedades como Hong Kong y Singapur, las cuales han tenido importantes éxitos en la consigna de controlar y reducir las prácticas corruptas en su interior. Estas sociedades, tal como puede consultarse en nuestro boletín N° 4, partieron en su momento de situaciones graves y extendidas de corrupción y ahora, luego de las políticas implementadas, se ubican entre los primeros lugares de países con menos percepción de corrupción de sus instituciones, al igual que los países que tradicionalmente han gozado de este prestigio, tales como los

Países Bajos.

En ese sentido, consideramos que el caso del segundo vicepresidente de la República y congresista Omar Chehade ha sido la gran oportunidad perdida para retomar el rumbo de las políticas que asuman frontalmente la investigación y juzgamiento de denuncias documentadas de alta corrupción. Ello no solo por el alto nivel gubernamental que ocupaba el referido funcionario público, sino porque el aquel caso ofrecía una pluralidad de indicios que daban verosimilitud a la denuncia periodística. Como se sabe, el caso del ex segundo vicepresidente de la República del actual régimen fue sometido a la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales para decidir dos cosas. Por un lado, aprobar el informe² que proponía formalmente acusar constitucionalmente al Congresista (antejuicio político), y en tanto ello, el Pleno del Congreso pudiera autorizar su investigación y juzgamiento por delito de patrocinio ilegal (art. 385 del Código Penal) ante el Ministerio Público y el Poder Judicial, respectivamente. Por otro lado, aprobar el mismo informe respecto del juicio político a efectos de que el Pleno del Congreso declarara la existencia de infracción a la Constitución (art.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

- ¿La gran continuación? La oportunidad perdida en la lucha contra la corrupción (Pág. 1-2)

COMENTARIOS ACADÉMICOS

- La responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de un ilícito penal (Pág. 2-8)

CRÓNICA JUDICIAL

- La sentencia del caso COFOPRI bajo análisis (Pág. 8-16)

JURISPRUDENCIA RELEVANTE

- CASO CHEHADE: Lea lo más resaltante del informe de la congresista Pérez Tello (Pág. 17-21)

NOTICIAS (Pág. 22)

38 de la Constitución) sancionándolo con 5 años de inhabilitación.

Lamentablemente, la mayoría de la Comisión Permanente del Congreso de la República rechazó la propuesta de acusación constitucional y cerró la posibilidad de avanzar con una investigación y juzgamiento imparcial de este caso emblemático dentro de los órganos de administración de justicia. Los lamentables votos del partido oficialista Gana Perú y de los congresistas Yehude Simons y Javier Diez Canseco fueron determinantes para proteger al ex segundo vicepresidente.

¹ Tanto la Sexta Encuesta Nacional de Percepción de la Corrupción en el Perú (2010) realizada por la empresa IPSOS Apoyo, como la Encuesta de Opinión en Lima Metropolitana (2010) realizada por la Pontificia Universidad Católica denotan una percepción generalizada de la corrupción y una elevada ineficiencia de los órganos de control y represión de la misma.

² Informe Final de la Denuncia Constitucional N° 55 elaborada por la Congresista Marisol Pérez Tello.

Se ha pretendido cuestionar el claro y riguroso informe de la congresista Marisol Pérez Tello con un argumento aparentemente jurídico, pero que encubre una decisión política ya previamente asumida (la de bloquear el avance de las investigaciones del Ministerio Público y el Poder Judicial). El referido argumento sostiene lo inconveniente de haber incluido en un mismo informe dos pretensiones sancionatorias: la penal (a través de la autorización de su investigación y juzgamiento en Ministerio Público y el Poder Judicial) y la constitucional (a través de una sanción de inhabilitación). Se sostiene, en ese sentido, que se vulneraría el principio de non bis in ídem más aún cuando las dos pretensiones se asientan en los mismos hechos. Colateralmente con ello se refiere que la inclusión de dos pretensiones en el informe no resultaba políticamente estratégica.

El argumento que sostiene la posible vulneración del principio de non bis in ídem (no sancionar dos veces por lo mismo) resulta absolutamente erróneo y equívoco. La lectura sencilla del informe nos muestra que las dos pre-

tensiones se fundaban en hechos diversos. El caso del antejuicio político (presunto delito de patrocinio ilegal) se asentaba sobre el hecho de presuntamente haber favorecido al grupo Wong en el tema de la azucarera Andahuasi. En cambio, en el juicio político (infracción a la Constitución) los hechos se asentaban no solo sobre el caso Andahuasi, sino sobre otros casos de gestión particular de intereses: caso Oyarce, agradecer el apoyo policial brindado en la campaña electoral y otros. Pero eso no es todo, el Informe se asienta en otro hecho y otro fundamento completamente diferente al que motiva la imputación por patrocinio ilegal: la asunción de facultades que no le correspondían de acuerdo con la Constitución (actuar como Vicepresidente cuando no estaba habilitado para ello).

Frente a la claridad y rigor del Informe de la Congresista Tello los argumentos esgrimidos por los congresistas oficialistas y aquellos que se vinculan a estos aparecen como pretextos sin fundamento alguno. Es evidente el ánimo de no permitir, en este caso tan importante, la continuación de las

investigaciones fiscales y judiciales. Al parecer no se ha meritado el impacto negativo de desaliento y frustración que genera esta decisión de la mayoría de la Comisión Permanente del Congreso de la República sobre todas las agencias estatales vinculadas al control de la Corrupción.

En nuestra consideración, nada impide que el Fiscal de la Nación, si así considera que lo amerita, planté una acusación constitucional contra el congresista Chehade. Desde nuestro punto de vista, no habría vulneración del principio de non bis in ídem procesal en la medida que no se trata de dos procedimientos distintos, sino de un procedimiento de autorización (antejuicio político) que no concluye en una sanción punitiva y que sólo permite la continuación de las investigaciones fiscales y un eventual proceso judicial. Tal vez los elementos recogidos por el informe de la congresista Marisol Pérez Tello le puedan permitir al Fiscal de la Nación reconstruir los hechos que le sirvan de base para su acusación constitucional ante el Congreso y este tenga que reevaluar su decisión en este extremo.

COMENTARIOS ACADÉMICOS

La responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de un ilícito penal

Por **ERICK GUIMARAY**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

I. Apuntes Generales de la Responsabilidad Civil

1. Como en cualquier cuestión que el Derecho trate o aborde habría que preguntarse cuál es la razón de ser de la responsabilidad civil (R.C) allí donde no medie un acuerdo previo entre las partes (afectado y afectante), supuesto denominado responsabilidad extracontractual. Aunque, como primera impresión, incluso la responsabilidad contractual debe tener el mismo sustento que la no contractual, sólo que en la primera, pro-

bablemente, se hayan definido con más precisión los supuestos y montos de un eventual daño, pero ello en nada quita que el fundamento de ambas formas de responsabilidad sea el mismo. Y es que producido un daño no autorizado por el ordenamiento o no disponible por quien lo sufre nace la responsabilidad de repararlo, de resarcir aquello que se ha dañado o perdido. Dicho de otra forma, nace la obligación de indemnizar (que por definición incorpora el término reparar o devolver). Esta idea supone que existen daños permitidos, aquellos que se

dan dentro del ejercicio legítimo de la libertad y que por ende no acarrear consigo la obligación de reparar. Siendo ello así, bien puede decirse que la responsabilidad civil nace de una conducta ilícita,¹ (la comisión de un delito lo es) no autorizada por el ordenamiento jurídico, y que responde al deber genérico de todos referido a “no dañar”.² Cabe señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil existen ciertos tipos de cargas que alguna de las partes contractuales debe asumir, sin embargo, aquellas no ostentan una naturaleza indemni-

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil, cuarta edición corregida*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 119. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las Consecuencias Jurídicas de Delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. 278.

² ESPINOZA ESPINOZA, *Op Cit*, pp. 73.

zatoria, antes bien sólo expresan una obligación contractual.

2. Entre las funciones³ que cumple o se le asigna a la Responsabilidad Civil están: 1) el reaccionar frente a un acto ilícito dañino; 2) retornar al estatus quo de la víctima; 3) reafirmar el poder sancionatorio del Estado; 4) producir disuasión⁴ entre quienes, voluntariamente o no, puedan producir actos perjudiciales; 5) distribución de las pérdidas: y, 6) asignación de los costos. Y esto es así porque se parte de la idea de que no es socialmente deseable el que se realicen actividades perjudiciales para terceros sin que quienes las causan respondan por ello, ya sea incorporando dentro de las actividades los costos que de aquellas se puedan desprender (pagar un seguro) -para el caso de las acciones que supongan un riesgo permitido-, o sometiendo los hechos que generan daños a las reglas de la responsabilidad civil, -para el caso de las acciones que supongan conductas ilícitas-.

3. Nuestro Código Civil (en adelante C.C) en sus artículos 1969° y 1970° incorpora los elementos de la imputación subjetiva en los supuestos de responsabilidad civil, esto es, sólo por conductas dolosas o culposas es que alguien responde por los daños ocasionados en perjuicio de terceros. En doctrina civil se conoce al artículo 1970° como un supuesto de responsabilidad objetiva,⁵ donde no importa tanto si el daño se produjo por una conducta dolosa o culposa, como sí el hecho de que éste sea producto de una conducta peligrosa per se. Sin embargo, puede que tal artículo se lea en clave de responsabilidad por culpa, y esto porque si lo concordamos con el texto del artículo 1972°, donde se menciona que de existir ruptura del nexo causal entre la acción y el daño el autor no responde-

rá por el mismo, podemos decir que en verdad el artículo 1970° prevé la conducta negligente de quien desempeña actividades peligrosas, las mismas que están estrictamente regladas dentro de la sociedad justamente por su entidad altamente lesiva. Expresado de otra forma, si el daño se produce por causas no imputables al autor del mismo (como por ejemplo el supuesto del art. 1979° CC), es decir, por situaciones que no se le exige conocer ni prever (por muy peligrosa que sea la actividad desarrollada), no habrá obligación de resarcir el daño, y ésta consecuencia es propia de la responsabilidad culposa. Por tanto, será necesario establecer el correspondiente nexo objetivo y subjetivo entre el daño y el ilícito penal, para poder determinar la existencia de responsabilidad civil⁶ (algo distinto al proceso en el que se determina el quantum de la reparación civil).

4. El artículo 1985° del Código Civil menciona que el contenido de la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño incluyendo el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, siempre que se constate una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. Así, si el elemento subjetivo es la necesidad de un comportamiento doloso o culposo, el objetivo, dentro de la responsabilidad civil, es la exigencia de una relación de causalidad adecuada entre la conducta realizada y el daño producido (el que exista obligación de resarcir, presupone la existencia de un daño).

II. Responsabilidad extracontractual y Derecho Penal

1. Entre los conceptos jurídicos de responsabilidad penal y responsabili-

dad civil existen elementos comunes, no sólo en el proceso de su determinación (criterios subjetivos y objetivos), sino también en la finalidad general a la que ambos apuntan como formas del ejercicio del *ius puniendi*⁷ del Estado. En efecto, entre el objetivo disuasivo asignado a la responsabilidad civil y el fin preventivo de la pena podemos encontrar un grado de similitud general. Sin embargo, no es posible soslayar la gran distinción existente entre ambas sanciones (penal y civil), no sólo por el objeto en el que recaen (el Derecho Penal es de ultima ratio porque incide en la libertad), sino también por el fin directo de cada una (la reparación civil busca resarcir el daño causado⁸, la sanción penal busca reafirmar la vigencia de cierto orden social que protege bienes jurídicos).

2. En efecto, la naturaleza de éstas dos formas de sanción de las que se vale el Estado para mantener estándares mínimos de convivencia es distinta⁹, algo que se puede constatar en el núcleo de ambas: a la responsabilidad penal le interesa la culpabilidad y a la civil la existencia del daño resarcible¹⁰ (para resumir las ideas).

3. Advertida la distinción en la naturaleza, es preciso añadir que los criterios formales que determinan la existencia de ambas formas de responsabilidad convergen en sus razonamientos. Así, la relación de causalidad adecuada que se exige en la reparación civil bien puede asimilarse a lo que en Derecho Penal se conoce como el criterio de "imputación objetiva", que en buena cuenta supone tender un puente de atribución normativa entre el hecho antijurídico y la conducta del agente. Cabe señalar, en orden de las similitudes,¹¹ que en determinado momento del desarrollo de la dogmática penal, el criterio de causalidad adecuada fue el que impe-

3 *Ibid*, pp. 52.

4 *Sobre esta idea*, CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, IDEMSA, Lima, 2001, pp. 78.

5 Así lo entiende incluso la doctrina penal, CASTILLO ALVA, *Op Cit*, pp. 92-93.

6 SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *¿Ex delicto? Apuntes sobre la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal*, Barcelona, julio de 2001, pp. 4, *Revista Electrónica InDret*, página web revisada el día 10 de noviembre de 2011.

7 CASTILLO ALVA, José Luis, *Op Cit*, pp. 91.

8 *Ibid*, pp. 94.

9 PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, *Op Cit*, pp. 277.

10 ALASTUEY DOBÓN, Carmen, Luis Gracia Martín y Miguel Ángel Boldova Pasamar, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 3° edición, Valencia, 2004, pp. 531 y ss.

11 Existe similitud entre la responsabilidad penal y civil no sólo en cuando a sus objetivos generales o sus elementos de atribución, sino incluso en la forma en que éstas distribuyen su impacto entre los responsables. Esto se desprende de los artículos 1974° y 1978° del C.C, donde se estipula que no sólo el autor del daño, sino también quien colabore con él o le incite serán responsables del resarcimiento civil, al igual que quien genere pérdida de conciencia en el autor material del daño. Clara similitud con lo que en Derecho Penal se conoce como "títulos de imputación o de intervención", "coautoría" y "autoría mediata por dominio de la voluntad".

ró a efectos de buscar responsables por los hechos punibles, se trabajó así con el concepto de previsibilidad objetiva del resultado, y es que en esto (la previsibilidad) radicaba lo adecuado o no de una acción a efectos de producir determinado resultado. Apuntada la similitud es necesario precisar que el Derecho Penal realiza un juicio de atribución normativo antes que uno meramente físico-causal, de ahí que sólo se sancionen conductas que suponen la creación de cursos causales idóneos para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de relevancia penal.

4. De acuerdo a lo mencionado acerca del elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad civil, también en el Derecho Penal el criterio subjetivo de atribución es el dolo y la culpa. El primero se registra cuando existiendo la exigencia por parte del ordenamiento jurídico de que el agente conozca la entidad riesgosa de la conducta que se dispone a realizar y habiendo actualizado dicho conocimiento decide seguir adelante. En la culpa, el agente no actualiza aquél conocimiento que el ordenamiento le exige. En ambas formas de comportamiento el común denominador es la exigencia de conocimiento por parte del ordenamiento jurídico (y la inevitabilidad de quien crea el comportamiento típico), y es que en buena cuenta, en un Estado de derecho no se puede sancionar a quien, previamente, no se le exigía determinado parámetro de conducta.

5. Como se podrá colegir de lo expuesto hasta este momento, los criterios formales (objetivo y subjetivo) que sustentan la imposición de la responsabilidad civil y penal son los mismos, y ello porque ambas¹² responden a un único razonamiento sancionatorio en un Estado de derecho, como por ejemplo, la capacidad de entender lo normado o lo ilegítimo de responder en forma objetiva por daños no controlados. Sin embargo, no obstante esta similitud, que no sólo se refiere a la forma de determinación de respon-

sabilidad, sino también a un objetivo general de incidencia disuasiva en la sociedad, es preciso señalar que el específico razonamiento que en cada caso se aplica es bastante distinto, tanto en la determinación de cada responsabilidad, como en la aplicación de las mismas.

III. Responsabilidad Civil en manos del juez penal

Cuando el artículo 92° del C.P menciona que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, lo que indica es que el juez penal está (debería estarlo) en condiciones de, además de pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado, fijar un monto que indemnice a quienes resulten perjudicados con la comisión de un delito. Siendo ello así, el delito produce obligación civil, no por ser delito en sí, sino por ser un ilícito. Planteado en forma de tesis: la RC y el delito (penal) poco o nada tienen que ver, de ahí que la frase “responsabilidad civil deriva del delito o ex delicto” probablemente no exprese el verdadero sentido civil de la reparación que se fija en sede penal.

III.1 La Reparación Civil en el Código Penal

1. El que la reparación civil vaya junto a la imposición de una pena responde, seguro entre otros argumentos, a criterios de economía procesal,¹³ pues de lo contrario el afectado por la comisión de un ilícito penal tendría que realizar más de un proceso judicial para ver satisfechos sus legítimos intereses perjudicados: se evita en el particular un peregrinaje procesal.¹⁴ Esta posición parte de un supuesto básico, el juez penal debe utilizar los mismos criterios que un juez civil al momento de definir el monto indemnizable en la víctima, y esto por cuestiones de justicia y proporcionalidad,¹⁵ como así lo prescribe el artículo 101° del Código Penal (en adelante C.P). Del mismo modo, se evidencia que la institución de la reparación civil, su determinación e imposición (salvo las

similitudes formales y el objetivo general) son ajenas al Derecho Penal,¹⁶ ajenas también a los criterios que se analizan para determinar la sanción penal, en tanto ello, no se pueden trasladar los unos hacia los otros.

2. Si la reparación civil por naturaleza le es ajena el Derecho Penal, algo debe justificar el que aquella institución esté dentro del Código Penal. Y el fundamento de tal inclusión no es otro que el propio origen de la obligación civil: la existencia de un ilícito que genere daños resarcibles, y el delito lo es. Esta afirmación permite explicar dos argumentos: 1) la reparación civil no está vinculada al delito per se, aquél acto típico, antijurídico y culpable; y, 2) los criterios que determinan éstas tres categorías penales en nada suman o quitan a afectos de determinar la existencia de responsabilidad civil, a ella sólo le interesa la existencia de un ilícito que genere daños y que éstos sean pasibles de resarcirse, sea física, económica o moralmente (por resumir las formas). En efecto, el Derecho Penal sanciona cuando se existe culpabilidad, el Civil, cuando existe un daño resarcible.

Sobre el punto 1) bien podría decirse que para determinar el monto de la reparación civil “(...) no se requiere que el daño causado por el delito sea un daño penalmente típico (...) no es necesario que el resultado dañoso constituya un elemento del delito por el que se condena (...)”¹⁷ Para decirlo con un ejemplo, el monto de reparación que se imponga en una sentencia condenatoria por el delito de fraude de la persona jurídica tendrá que incorporar en su sistema de cálculo los intereses que se dejaron de pagar a los accionistas, durante el tiempo en que se dejó de invertir el dinero, inversión que sólo existe en el papel, por ejemplo, cuando se fraguan estados contables. Nótese en este ejemplo, que el perjuicio en los accionistas, reflejado por ejemplo en sus pay back, no es parte del resultado típico del delito regulado en el artículo 198° del Código Penal (aunque bien visto

12 PRADO SALDARRIAGA, *La consecuencias jurídicas*, Op Cit, pp. 91.

13 Ibid, pp. 81. Sobre esta misma idea, SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Responsabilidad Civil y Proceso Penal*. En: *Responsabilidad Civil II*, Juan Espinoza Espinoza, RODHAS, Lima, 2006, pp. 30.

14 SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Op Cit*, pp.3.

15 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*, IDEMSA, Lima, 2010, pp. 176.

16 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, pp. 82.

17 SILVA SÁNCHEZ, Op Cit, pp. 3.

éste es un delito de mera infracción de deber).

Sobre el punto 2), los criterios que se deben utilizar para determinar la responsabilidad civil convergen de manera formal con los utilizados a la hora de determinar la existencia de responsabilidad penal, es decir, coinciden en tanto ambos sistemas de responsabilidad admiten criterios objetivos y subjetivos, sin embargo, en el Derecho Penal existe mayor rigurosidad en los contenidos de las categorías imputables, como por ejemplo, el concepto de culpabilidad, o del antijuricidad. Siendo esto así, en el contexto de una sentencia penal condenatoria, la responsabilidad civil y sus parámetros son admitidos y dados por ciertos o realizados, cuando existe un proceso similar (el penal) que con mayor rigor ha determinado un tipo de responsabilidad mucho más lesiva contra el sentenciado. Entonces, el último proceso absorbe al primero. Distinta es la forma en la que se determina el monto de la reparación civil¹⁸, es decir, los criterios de lucro cesante, daño emergente o daño moral no es que sean elementos para ver cuándo es que alguien ha incurrido en un ilícito que genere responsabilidad (aquellos elementos en el caso civil son la existencia de dolo o culpa y que exista causalidad adecuada entre el daño y la actividad), sino que se analizan luego de constatar la responsabilidad.

En el contexto de una sentencia absolutoria no se registra la absorción apuntada, en este caso el juez tendrá que valorar los criterios de imputación de responsabilidad civil, siempre que

se constate que existen daños en la comisión de un ilícito (que puede no ser culpable), y que los mismos sean resarcibles. Y es que por su naturaleza, el que alguien sea declarado culpable y al mismo tiempo responsable civilmente, no tienen que ir de la mano necesariamente.¹⁹

3. Otro de los argumentos que habla a favor de la ajenidad de la institución de la reparación civil respecto del Derecho Penal es el hecho de que el propio Código Penal estipula que aquella debe ser impuesta de forma "solidaria" (es decir, cada sentenciado está obligado por el íntegro del monto, sin perjuicio de la repetición), además de mencionar que la misma es pasible de transmisión sucesoria (o sea que padres pueden heredársela a los hijos, hasta por un monto determinado en los activos del causante).

El propio Código menciona que se puede exigir reparación civil incluso contra aquellos que no fueron sujetos de la sentencia penal condenatoria, artículos 95°, 96° y 99° respectivamente. Estos preceptos penales contribuyen a probar la ajenidad expuesta porque van en "contra" de los principios del Derecho Penal.²⁰ Por ejemplo, en un Estado de Derecho la sanción penal es personal e intransferible, en rigor del principio penal de responsabilidad por el propio hecho,²¹ de ahí que no sea posible "heredar" la comisión de un delito, tampoco permitir que un solo sentenciado cumpla su condena y con ello libere a sus co-sentenciados o que se exija el cumplimiento de aquella misma sentencia penal en quienes no han sido mencionados en la propia resolución

condenatoria. Por último, la carga (o en este caso el descargo) de la prueba corresponde al dañante,²² algo que en un proceso penal es inverso, pues la inocencia se presume.

En la misma línea de argumentación, el Código Penal menciona, en su artículo 101°, que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Este precepto penal muestra que la determinación de la responsabilidad y de la reparación civil se construye con elementos normativos ajenos al Derecho Penal, como por ejemplo los conceptos de restitución del bien (donde se analiza si se trata de bienes fungibles, inmuebles, muebles, etc.), lucro cesante (aquello que se deja de percibir debido al daño sufrido), daño emergente (los costos de asumir, mitigar o superar el daño causado) y daño moral, Claro que sin dejar de mencionar la similitud, y hasta absorción en el caso de sentencia condenatoria, de los elementos que sirven a efectos de determinar la responsabilidad penal y civil. El juez penal para determinar el monto de la reparación civil no trasladada (no debería hacerlo) aquellos parámetros penales que lo llevaron a determinar responsabilidad penal y su cuantía de pena.

4. Siendo que el daño producido no es parte del tipo penal materia del proceso²³ (además de todos los argumentos que sustentan la ajenidad de la reparación civil respecto del DP), y por la necesidad de evitar en el perjudicado un peregrinaje procesal, el juez podría imponer una reparación civil,²⁴ allí donde la ilicitud de la conducta que produjo el daño no es de naturaleza

18 Ver *infra*.

19 Ver *Infra*.

20 CASTILLO ALVA, José, *Op Cit*, pp. 76.

21 *Ibid*, pp. 96.

22 Conferencia del Dr. Juan Espinoza. Lima, enero de 2012, Hotel Melia. Taller de capacitación en delitos contra la administración pública organizado por el IDEH-PUCP.

23 *Ibid*, pp. 87.

24 SILVA SÁNCHEZ, *Op Cit*, pp. 4. CASTILLO ALVA, *Op Cit*, pp. 113.

25 CASTILLO ALVA, *Op Cit*, pp. 89.

26 SILVA SÁNCHEZ, *Op Cit*, pp. 6.

27 Manteniendo la exposición dentro de lo que supone la determinación de reparaciones civiles en manos de jueces penales, habría que cerrar esta parte del trabajo apuntando algunas reflexiones acerca del artículo 100° C. P, el mismo que a la letra dice: "La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal". Habrá que recordar en este punto que el hecho de que una institución civil como la reparación esté incluida en el Código Penal sólo resulta de que aquella forma de responsabilidad requiere de la existencia de un ilícito (y el delito los es), además de ahorrar en la víctima un peregrinaje procesal. Por tanto, lo que el Código denomina reparación civil en verdad es una forma de responsabilidad extra-contractual, de aquellas que prescriben, de acuerdo al artículo 2001° del C.C, a los dos años desde que se pueda ejercer la acción resarcitoria. Sin embargo, en razón de la especial naturaleza de esta forma de responsabilidad extra-contractual derivada de un ilícito (como todas), pero de uno penal, es que el plazo de prescripción debe ir de la mano del plazo para ejercer la acción penal, pues si el delito sanciona los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, se entiende que el daño que pueda producir este tipo de hechos además de ser muy grave debe contar con mayor tiempo para exigir el resarcimiento por parte de los perjudicados. De hecho si recordamos la función disuasiva de la reparación civil, podremos ver la importancia de su inclusión no sólo dentro de la imposición de una pena, sino también su asimilación en el plazo de prescripción. De otro lado, los supuestos según los cuales la acción penal prescribe están regulados en el artículo 78° del C.P, si alguno de ellos llegase a darse antes de los dos años que el CC estipula, igual se tendrá que aplicar dicho plazo general, pues en buena cuenta, por mucho que devenga de la comisión de un delito, aquella obligación civil sigue siendo una de naturaleza extra-contractual.

penal, esto es, que la ilicitud se determina desde criterios ajenos al Derecho Penal, en este caso del Derecho Civil, administrativo, laboral, etc. De negarse este razonamiento se estaría resolviendo una cuestión civil (la reparación) con reglas penales (absolución).²⁵ Por tanto, la conducta que produce los daños resarcibles no precisa ser punible,²⁶ per se.²⁷

III.2 La determinación de la Reparación Civil en manos del juez penal

1. Tal como se viene insistiendo, la determinación de la responsabilidad civil (donde se utilizan los criterios de imputación objetivos -nexo causal- y subjetivos -dolo o culpa) y la determinación de la reparación civil (el monto resarcitorio) no son conceptos equivalentes o intercambiables. En efecto, al resolver acerca del monto de la reparación civil (estadío que ya supone la existencia de responsabilidad civil) el juez penal debe trabajar con criterios estrictamente civiles, propios de otras ramas del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, el derecho patrimonial o el derecho laboral, incluso de cálculos económicos, sobre el proyecto de vida de aquél que resultó afectado con la comisión de un delito, etc. Así, como menciona Víctor Prado,²⁸ el juez tendrá que realizar un juicio objetivo acerca del daño producido, no cabe en este análisis incorporar, por ejemplo, criterios subjetivos como la capacidad económica del responsable, menos aún las circunstancias atenuantes en la comisión del ilícito penal, las mismas que sólo responden e inciden en el razonamiento penal. En este sentido, parte del criterio objetivo será, de igual forma, advertir el grado de realización del delito, para así determinar una cuantía de la reparación civil. Y esto no supone trasponer argumentos penales hacia efectos civiles, sino que, en la mayoría de los casos, una tentativa ocasiona menos daños que una conducta consumada.²⁹

En esta misma línea, según el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 cabe

reparación civil incluso en supuestos de comisión de delitos de peligro, pues de la comisión de ilícitos penales no sólo surten efectos dañinos sobre bienes patrimoniales, sino también sobre “legítimos intereses existenciales”, como lo apunta el Pleno en mención. El postulado del pleno jurisdiccional permite colegir que, necesariamente, la comisión de un ilícito penal siempre acarrea consigo la producción de daños y perjuicios, los mismos que, dada la entidad lesiva de las conductas sancionadas en sede penal, siempre resultan ser resarcibles. En definitiva al margen de los problemas en la concretización de la reparación civil, el juez debe guiarse por estándares de proporcionalidad y razonabilidad al momento de pronunciarse acerca de las consecuencias civiles de la comisión de un ilícito penal.³⁰

2. Nuestra jurisprudencia parece tener muy en claro la distinta naturaleza de las sanciones civiles y penales, así como el contenido de la reparación civil, pues guiados por lo estipulado en el artículo 93° del C.P nuestra judicatura menciona que “la reparación civil se fija en atención al principio del daño causado”.³¹ Aquél que involucra daños de índole patrimonial y no patrimonial. Del mismo modo, tal como lo advierte el profesor Prado, la determinación del quantum de la reparación civil tiene como criterio rector el principio de razonabilidad a efectos de que lo impuesto no llegue a tener efectos confiscatorios y/o desproporcionados.³² Algo que en buena cuenta reconoce que en la valoración civil también se toma en cuenta no sólo el interés de la víctima, sino el derecho del imputado a una justa responsabilidad civil.

3. Siendo que el concepto y naturaleza de la reparación civil parecen estar claro en los jueces, se precisa de instrumentos que les faciliten la concreción de esta figura jurídica, por ejemplo, asistencia técnica en la determinación del daño emergente o el lucro cesante, los costos de

oportunidad, el valor del dinero en el tiempo etc. Pues sólo de esta forma el legítimo interés de quien exige una indemnización podrá verse satisfecho con criterios de aplicación técnicos y especializados, de aquellos con los que, con mayor seguridad, cuentan los jueces civiles. Sin embargo, nuestro sistema ampara la decisión del afectado de incoar su derecho de resarcimiento en sede civil, con lo cual alivia al juez penal de pronunciarse al respecto en su sentencia.

IV. Reparación civil respecto de delitos contra la administración pública

1. La relevancia típica de los comportamientos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico “administración pública” legitiman su punición en, por lo menos, dos elementos: 1) la (de) eficiente administración de los recursos públicos repercute de manera inmediata en los objetivos prestacionales del Estado, repercute en la dación de aquellas condiciones mínimas e indispensables que permiten el ciudadano desarrollarse en sociedad, como por ejemplo, salud, educación, bienestar social, seguridad, etc., y son justamente éstas condiciones las que se condicen con el ejercicio básico de los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, el primer elemento que sustenta la sanción penal de aquellas conductas que atentan contra la administración pública es la íntima relación entre aquella y el ejercicio de derechos fundamentales; y, 2) la mala o ineficiente asignación de recursos públicos en manos de quienes tienen el deber de velar por el interés comunitario (único interés que aquellos deben representar) no sólo repercute en desbalances o pérdidas monetarias (delitos de peculado, cohecho, entre otros), sino que inciden en la expectativa y la confianza de las personas respecto de su administración estatal. Dicho de otra forma, el mensaje de una administración pública “comprable” debilita la institucionalidad de un país y compromete

28 PRADO SALDARRIAGA, *Op Cit*, pp. 286.

29 *Ibid*, *Loc Cit*.

30 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*, IDEMSA, Lima, 2010, pp. 176.

31 Corte Suprema de Justicia, Exp: A.V.23-2001, Parte II Fundamento 77°, de fecha 20 de julio de 2009. Corte Suprema de Justicia, Exp: 07-2007, fundamento Décimo-Reparación Civil, de fecha 07 de octubre de 2009. Corte Suprema de Justicia, Exp: A.V.08-2008 determinación de la reparación civil, de fecha 11 de febrero de 2011.

32 Corte Superior de Justicia de Lima, Exp: 095-2007, de fecha 4 de marzo de 2011. Corte Suprema de Justicia, Exp: A.V.23-2001, Parte II Fundamento 77°, de fecha 20 de julio de 2009.

seriamente sus posibilidades de desarrollo.

2. Si esto es así, parece ser que la entidad lesiva de los delitos contra la administración pública justifica desde todo punto de vista no sólo su tipificación y la severidad de sus penas, sino que, de igual forma, la imposición de un monto de reparación civil proporcional a los perjuicios que pueda generar. Y en efecto así es, pues si partimos de que la reparación civil no está vinculada al delito per se, es decir, el daño producido no tiene que ser parte del tipo penal sancionado, podemos vincular la original conducta ilícita a los daños resarcibles que de ella se produzcan. Y no ocurre de otra forma en la comisión de delitos contra la administración pública. Es más, con bastante lógica dada la entidad lesiva advertida, se puede decir que éste tipo de delitos siempre suponen la existencia de daños resarcibles, y por ende, siempre, también, la obligación de indemnizar a cargo de autores o partícipes del hecho punible.

Sobre este punto, en doctrina mayoritaria se entiende que no todo delito supone la causación de daños,³³ como por ejemplo, la tenencia de armas o la resistencia a la autoridad.³⁴ Sin embargo, por lo menos en cuanto a los delitos contra la administración pública, creo que el resarcimiento material o inmaterial³⁵ es algo innegable, justamente porque la comisión de éstos tipos penales incide en intereses absolutamente pasibles de ser menguados, en tanto ello, indemnizados.

3. Tal como se viene diciendo, los delitos contra la administración pública siempre ocasionan daños, de aquellos pasibles de resarcir, pues tienen como objeto (perjudicado) elementos bastante palpables como por ejemplo un monto específico de dinero o el mensaje impactante en la sociedad acerca de lo endeble de la administración pública. Para determinar el quantum de la reparación civil en este tipo de delitos habrá que ceñirse a lo normado por el artículo 93° del C.P cuando menciona

que la reparación comprende la restitución del bien y la indemnización del daño producido. Sobre este punto valga aquí ciertas presiones:

Primero, para determinar el monto de la reparación civil, no sería correcto basarnos en elementos hipotéticos y futuros específicos³⁶ que nos expliquen cierto escenario de pérdidas o daños, sino que es preciso que el juez realice un proceso de indagación, lo cual es simple materia probatoria, acerca de las cifras desaparecidas, el daño a los particulares y el daño a la institucionalidad, criterio éste último que pertenece al rubro del daño no material, pero absolutamente pasible de resarcimiento. Sobre el asunto de las cifras, bastará con que el sentenciado regrese a la administración lo sustraído, además de los intereses que de ello hayan surgido, sumado a los costos en los que la específica entidad tuvo que incurrir o soportar por el forado presupuestal producido por obra y gracia de la ilícita conducta.

Segundo, respecto del daño a los particulares, éste es perfectamente calculable. Piénsese por ejemplo en el delito de colusión (art. 384° CP) y en específico, el supuesto donde el pacto entre uno o varios funcionarios con determinado postor ha perjudicado al postor perdedor, el mismo que confiando en la legalidad del proceso y en sus ventajas competitivas legítimas, ya había incurrido en costos y contratos acerca del negocio al que postulaba. En este caso, será cuestión de calcular el perjuicio producido y cargar dicho monto a los responsables del delito. Este razonamiento se condice con aquello que expliqué en párrafos anteriores acerca de que la determinación de la reparación civil no está vinculada a los hechos típicos materia de proceso penal, antes bien, aquella se desprende de las consecuencias perjudiciales e ilegítimas que soporta el afectado con una conducta ilícita.

Tercero, el último elemento que el juez penal tendrá que analizar a

efectos de determinar el monto de la reparación civil (en supuestos de sentencia condenatoria) es el llamado daño inmaterial, o daño no patrimonial, y es que en buena cuenta el llamado daño moral no sólo le atañe a la personalidad, sino también a la personería jurídica,³⁷ y el Estado la tiene, claro que no entendida como imagen personal, pero sí como institucionalidad.³⁸ En palabras del Dr. Juan Espinoza Espinoza: “Los delitos de corrupción afectan el derecho a la identidad del Estado, por cuanto debilitan su institucionalidad”.

El sujeto pasivo de un delito es el titular del bien jurídico protegido, que en este caso es el Estado, en su función más básica y elemental, que no es otra que la administración eficiente de aquellos recursos que están al servicio de la sociedad. Sin perjuicio de esta idea penal, en términos civiles, la entidad a la que pertenece el funcionario sentenciado es el objeto en el que recae el ilícito, por ende, bien podría plantearse, por ejemplo, que el monto de la reparación civil vaya exclusivamente a mejorar la infraestructura de dicha entidad, por citar un ejemplo. Aunque el real daño no patrimonial viene determinado por el mensaje nocivo en la sociedad respecto de la administración pública, algo que en buena cuenta supone un desmedro a la importancia de la función pública y es ello lo que hay que resarcir. Pero aquél resarcimiento no consiste (necesariamente) en regresar a su estado anterior aquello que fue dañado con una conducta ilícita, pues si así fuese, alguien podría argumentar el descredito anterior a la comisión del ilícito de algunas instituciones públicas, para intentar anular la existencia de un daño. La idea es resarcir el daño con una actividad igual de simbólica y comunicativa que la comisión de un acto corrupto expresa, es decir, realizar una reparación con significado nominal no pecuniario,³⁹ como por ejemplo, la obligación de construir un módulo de capacitación e información de los ciudadanos en cuanto a derechos y deberes respecto

33 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan, Blanca Mendoza y Gonzalo Rodríguez, *Código Penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 774. ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Op Cit*, pp. 534. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Op Cit*, pp. 31.

34 ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Op Cit*, pp. 535.

35 *Op Cit*, pp. 543.

36 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan, *Op Cit*, pp. 773.

de la administración pública (por citar alguna idea).

4. De buscarse un argumento más general acerca de la necesidad de determinar un monto de reparación civil en supuestos de comisión de delitos contra la administración pública, otra vez podremos apelar

a la similitud con el Derecho Penal en cuanto al efecto disuasorio⁴⁰ o preventivo que ambas formas de responsabilidad buscan. De hecho, sea cual fuere el delito cometido, siempre contra la administración pública, así no exista sustracción de dinero o lesión física-directa de la entidad gubernamental (por ejemplo

la comisión del delito de tráfico de influencias simuladas, art. 400° C.P), siempre en términos normativos será posible hablar de un daño resarcible producido por el delito, que no es otro que el desmedro de las expectativas de imparcialidad y eficiencia que la sociedad debe tener en la administración pública.

37 MORALES GODÓ, Juan, *Naturaleza del daño moral, ¿punitivo o resarcitorio?* En: *Responsabilidad Civil II, Op Cit, pp. 188.*

38 Conferencia del Dr. Juan Espinoza. Lima, enero de 2012, Hotel Melia. Taller de capacitación en delitos contra la administración pública organizado por el IDEH-PUCP.

39 MORALES GODÓ, Juan, *Op Cit, pp. 198.*

40 JIMÉNEZ-VARGAS MACHUCA, Roxana, *¿Es posible el resarcimiento del daño inmaterial?* En: *Responsabilidad Civil II, Op Cit, pp. 213.*

CRÓNICA JUDICIAL

La sentencia del caso COFOPRI bajo análisis

Por **RAFAEL CHANJAN E YVANA NOVOA**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

El presente comentario jurisprudencial analiza la Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante "la Sala"), recaída en el proceso penal N° 30-2010 de fecha 7 de noviembre de 2011. Se trata del caso conocido en la opinión pública como "Caso COFOPRI", el cual está referido a irregularidades que se produjeron en la adjudicación de los títulos de predios ubicados en Cañete, y en el cual se encuentran involucrados funcionarios de alto nivel del segundo gobierno aprista como el Secretario General –en ese entonces– del Partido Aprista Peruano Omar Quesada Martínez. Cabe mencionar que el presente comentario jurisprudencial se centrará en el análisis de la funda-



Foto: Peru21

mentación referida a los sentenciados Calderón Rodríguez (Jefe de la Oficina Descentralizada de COFOPRI) e Hidalgo Díaz (Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao), quienes fueron directivos de COFOPRI.

I. PRINCIPALES HECHOS PROBADOS

Según la acusación fiscal, los delitos imputados a los acusados fueron los siguientes:

Delitos atribuidos a los funcionarios públicos

a. Julio Calderón Rodríguez: Fue

Jefe de la Oficina Descentralizada del Organismo de Formalización de Propiedad Informal (COFOPRI) hasta octubre de 2009. En dicha fecha fue nombrado Secretario General de la entidad estatal mencionada. Dentro de sus funciones como Jefe de la Oficina Descentralizada de COFOPRI estaba el supervisar a las Oficinas Zonales (art. 12° del Reglamento de Organización y Funciones de COFOPRI, DS N° 025-2007 VIVIENDA), en específico la de Lima y Callao, que es donde se realizó la solicitud de titulación de 30 hectáreas ubicadas en el distrito de Cañete. Se le imputaron los siguientes delitos:

-Delito de “aprovechamiento indebido del cargo” (art. 399° del Código Penal), atribuido a título de autor. En efecto, a decir de la fiscalía el acusado se interesó en los procesos administrativos iniciados por Oswaldo Chauca y María Salazar, cuando sobre aquello sólo tenía competencia la Oficina Zonal de Lima y Callao. Según las declaraciones de Cesar Castagne (funcionario público de COFO-PRI miembro de la Oficina Zonal de Lima y Callao, que en enero de 2010 fue ascendido como Supervisor de la Oficina Zonal de Lima y Callao) por órdenes de Calderón requirió los expedientes n° 2009-032366 y n° 2009-032375 que estaban a cargo de Henry Julca y Erika Serrano, miembros de una Brigada - TUPA a la cual se le había asignado la tramitación de los expedientes administrativos mencionados, con la finalidad de anular cualquier informe físico-legal que pudiese perjudicar la tramitación de las solicitudes de titulación de los administrados.

Así las cosas, Julio Calderón se abocó a la tramitación, impidiendo cualquier conducta de supervisión y/o fiscalización sobre la legitimidad del pedido de titulación, de los expedientes, cuando aquello no le correspondía de acuerdo a sus funciones detalladas supra como Director de la Oficina de Coordinación Descentralizada, menos como Secretario General de COFOPRI. Al sustraer aquellos expedientes de la brigada TUPA designada, es que se pudo obviar el informe realizado por el Sr. Julca el día 05 de junio de 2009, donde se realizaba serias observaciones respecto de la habilitación para la actividad agropecuaria de los predios eriazos materia del proceso administrativo, observación de suma importancia, pues, como se mencionó, las características mencionadas son condiciones indispensables para el trámite realizado por el Sr. Chauca y la Sra. Salazar ante COFOPRI.

-Delito de Cohecho Pasivo propio (art. 393 del CP), atribuido a título de autor. Según la Primera Fiscalía Superior especializada en delitos de corrupción de funcionarios, el Sr. Calderón en su calidad de Jefe de Coor-

dinación Descentralizada de COFO-PRI permitió que los administrados Oswaldo Chauca y María Salazar (además de los demás beneficiados) se beneficiaran con títulos de propiedad presuntamente ilegítimos, por la forma en que se llevó a cabo el proceso administrativo. En ese sentido, se atribuye a Julio Calderón el haber infringido el normal desarrollo de las etapas del procedimiento de titulación establecidas en la ley. Todo lo anterior constituyen indicios razonables de que el Sr. Calderón habría recibido, aceptado donativo, promesa o cualquiera otra ventaja por parte de los administrados involucrados en el procedimiento administrativo al que él se avocó de forma extraordinaria.

-Delito de Colusión Desleal (art. 384° del Código Penal). Se le atribuye el delito en calidad de autor. Según los resultados de la investigación preparatoria, para la fiscalía el Sr. Calderón en su condición de Jefe de la Oficina de Coordinación Descentralizada y Secretario General de COFOPRI se coludió ilícitamente con Oswaldo Chauca y Ana María Salazar dominó permanentemente el escenario en el cual se desarrollaron los hechos irregulares materia de juzgamiento. Se valoraron declaraciones de distintos implicados y testigos, las mismas que apuntan a establecer el nivel de control del funcionario público acusado respecto de distintos actos administrativos en la tramitación de las solicitudes de titulación que realizaran los administrados ante COFOPRI. Esta afirmación quedaría fundamentada en las declaraciones antes señaladas de los funcionarios Castagne, Julca, Hidalgo y Vílchez (trabajadores de la Oficina Zonal de Lima y Callao).

b. Hernando Hidalgo Díaz: se desempeñaba como Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao. Entre sus funciones, de acuerdo al DS N° 025-2007-VIVIENDA, estaba las de formular, coordinar, ejecutar y supervisar las acciones administrativas, en el caso concreto, respecto de las solicitudes de titulación de predios informales.

-Delito de aprovechamiento inde-

bido del cargo (art. 399° del CP). Se le atribuye el delito en calidad de autor, en razón que, según la fiscalía, el funcionario Hidalgo se habría interesado de forma indebida y directa en los procedimientos administrativos n° 2009-032366 y n° 2009-032375.

La fiscalía funda su imputación advirtiendo el hecho de que el acusado suscribió dos oficios ambos de fecha 05 de junio de 2009 mediante los cuales tipificaba que las solicitudes de titulación se encontraban dentro de las que se enmarcan en los procedimientos de “formalización y titulación de tierras eriazas habilitadas e incorporadas a la actividad agropecuaria al 31 de diciembre de 2004”. Ello a pesar de que existían informes suscritos sobre los expedientes administrativos donde se advertían observaciones respecto de las solicitudes realizadas. Sin embargo, y a sabiendas que las observaciones antes indicadas no habían sido subsanadas por los administrados, el Sr. Hidalgo programó una visita de campo a los predios materia de proceso administrativo para el día 24 de junio de 2009.

-Delito de cohecho pasivo propio (art. 393 del CP). Delito atribuido en calidad de autor. El Ministerio Público entiende que el Sr. Hidalgo en su calidad de Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao, teniendo como funciones las de supervisar las acciones administrativas de su competencia y siendo que las solicitudes de titulación de predios eriazos habilitados se realizaron ante su oficina, habría realizado actos contrarios a sus funciones con el fin de favorecer a los administrados solicitantes, lo cual hace presumir razonablemente a la fiscalía que el funcionario en mención habría aceptado promesa, beneficio o alguna ventaja indebida.¹ Las irregularidades que fundan la imputación del delito en mención son las mismas que rodean al caso en general, es decir, haber dado trámite a unos expedientes con observaciones y haber actuado por sobre las competencias de COFOPRI, pues se pudo determinar que los territorios materia del proceso administrativo no estaban habilitados conforme a ley.

¹ Acusación Fiscal, ff. 10,902.

-Delito de Colusión Desleal (art. 384° del CP). Se le atribuye este delito en calidad de autor. En su condición de Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao expidió las resoluciones administrativas mediante las cuales se otorgaron dos títulos de propiedad a sabiendas de que los expedientes administrativos que solicitaban la formalización de tierras no contaban con los requisitos exigidos por la ley como el hecho de no tratarse de predios habilitados para actividades agropecuarias o el no poseerlos de manera pública, pacífica y continuada. Además, obra en autos dos oficios, del 12 de octubre de 2009, suscritos por el Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao (Sr. Hidalgo), donde se realizan ofertas de venta de los predios en cuestión a las personas de Oswaldo Chauca y María Salazar (entre otras). Sin embargo, la tasación de los predios se llevó a cabo recién hasta el 23 de octubre y se notificó el 27 del mismo mes. Lo cual prueba que se ofreció el precio de las tierras antes de que éstas sean tasadas oficialmente, algo que permite inferir al Ministerio Público que existió algún tipo de concertación de intereses entre los administrados y los funcionarios públicos competentes.

Hechos acreditados por la Sala

-El 08 de abril de 2009, Oswaldo Chauca Navarro, Juan Quiñones Sánchez y Ana Salazar Olivares solicitan a COFOPRI la formalización de un predio ubicado en San Antonio-Cañete (los dos primeros) y un predio ubicado en Tres Cruces, San Antonio-Cañete (la última) de acuerdo al nuevo procedimiento de tierras habilitadas a la actividad agropecuaria. A partir de ello se crean los expedientes respectivos para el proceso de formalización.

-El 27 de mayo de 2009, el entonces Director de la Oficina Coordinadora Descentralizada de COFOPRI Julio Constantino Calderón Rodríguez dispone la rotación de Cesar Castagne Chung, quien laboraba en la Oficina de Catastro de dicha institución, a la Oficina Zonal Lima – Callao.

-El 05 de junio de 2009, la tramitación de los dos expedientes mencionados es asumida por Cesar Castagne

Chung por disposición de Julio Calderón Rodríguez. Luego de que aquel tomara conocimiento de los expedientes, confirmó que los mismos no cumplían con los requisitos legales exigidos.

-El 18 de junio de 2009, Chauca Navarro, Quiñones Sánchez y Salazar Olivares presentan documentación en respuesta a las observaciones efectuadas a los dos expedientes de formalización; sin embargo, no se cumplió con subsanarlas incumpliendo lo exigido por el Art. 15° del Reglamento del Decreto Legislativo 1089 referido a la realización de un diagnóstico físico legal de las Unidades Territoriales solicitadas.

-El 22 y 23 de julio de 2009, Serrano Arias y Castagne Chung emiten informes técnico legales, redactados con un formato similar, en los que se indica, falsamente, la existencia de un Diagnóstico físico legal -exigido por el Art. 28 del Decreto Supremo 032-2008- que permite la libre disponibilidad de los terrenos.

-El 20 de agosto y 25 de setiembre de 2009, la Superintendencia de Bienes Nacionales remite oficios a Hidalgo Díaz a efectos de cuestionar, el otorgamiento -sin sustento legal- del dominio de los dos predios bajo análisis a favor de COFOPRI. Dichos informes fueron respondidos por Hidalgo mediante oficio de 22 de octubre del mismo año, en el cual se señala que la titularidad de COFOPRI sobre los predios se dio por razones operativas a fin de su formalización y titulación.

-El 18 de diciembre de 2009, COFOPRI a través de su jefe Zonal Hidalgo Díaz, expide Título de Propiedad a nombre de Chauca Navarro, Campos Alarcón y Quiñónez Sánchez.

A partir de los indicios antes señalados y otros, la Sala establece como probado que Julio Constantino Calderón Rodríguez tuvo dominio sobre la realización del hecho criminal conjuntamente con Hernando Hidalgo -desde que éste asumió la Jefatura de la Oficina Zonal Lima y Callao-, puesto que se coludieron con Oswaldo Chauca, Juan Carlos Quiñones, Ana María Salazar y Jorge Abanto para

adjudicarles la titularidad de los predios mencionados a un precio irrisorio y sin contar con los requisitos legales exigidos, siendo la primera manifestación de ese acuerdo el informe de 20 de noviembre de 2007 mediante el cual se solicita a la Dirección de Asesoría Jurídica de dicha institución la inscripción de la posesión de los terrenos.

Se considera como probado el conocimiento que tuvieron Calderón Rodríguez e Hidalgo Díaz sobre la improcedencia de las solicitudes presentadas por los particulares mencionados para adjudicarles los lotes de terreno, debido a tres indicios probados: 1) el no registro de las dos solicitudes en el sistema informático, 2) la recepción por parte de de Hidalgo Díaz de los oficios de la Superintendencia de Bienes Nacionales sobre la improcedencia de las solicitudes de titulación y 3) la comunicación efectuada por Chauca Navarro a Calderón e Hidalgo de que los lotes se superponían a una Zona Arqueológica conforme aparece en la página Web del Instituto Nacional de Cultura.

Asimismo, la prueba indiciaria permitió a la Sala afirmar que hubo una promesa de beneficio por parte del acusado Oswaldo Chauca Navarro en virtud a la manifiesta inconducta funcional que observaron Julio Calderón y Hernando Hidalgo, siendo que el primero envió personal de su entorno a numerar documentos firmados por el segundo, aparte de cambiar al ingeniero de la "brigada" por Castagne Chung y obligar a Hervacio Sánchez a imprimir los títulos de propiedad sin tener a la vista los expedientes que habían hecho desaparecer para evitar que se conozca el ilícito proceder de ambos.

II. DE LOS DELITOS INVOLUCRADOS Y CONDENAS

La Sala condenó a los acusados del siguiente modo:

-Paul Hervacio Sánchez es absuelto de los delitos de colusión y cohecho pasivo propio en agravio del Estado.

-Julio Constantino Calderón es absuelto del delito de aprovechamiento indebido del cargo en agravio del

Estado. Sin embargo, es condenado como autor a once años de pena privativa de libertad e inhabilitación por tres años por los delitos de colusión y cohecho pasivo propio en agravio del Estado.

-Hernando Hidalgo Díaz es absuelto del delito de aprovechamiento indebido del cargo y omisión de funciones en agravio del Estado. Es condenado como autor a once años de pena privativa de libertad e inhabilitación por tres años por los delitos de colusión y cohecho pasivo propio en agravio del Estado.

-Cesar Castagne Chung es absuelto de los delitos de colusión y cohecho pasivo propio. Sin embargo, es condenado como autor a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida e inhabilitación por dos años por el delito de falsedad ideológica en agravio del Estado.

-Erika Serrano Arias es absuelta de los delitos de colusión y cohecho pasivo propio en agravio del Estado. Es condenada como autora a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida e inhabilitación por dos años por el delito de falsedad ideológica en agravio del Estado.

-Oswaldo Chauca Navarro, Ana María Salazar Olivares y Meri Campos Alarcón son absueltos del delito de falsedad genérica en agravio del Estado. No obstante, son condenados como cómplices primarios a once años de pena privativa de libertad por el delito de colusión, y como autores por los delitos contra de cohecho activo genérico y falsedad ideológica en agravio del Estado.

III. SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN

En lo concerniente a la condena de los funcionarios de COFOPRI por el delito de colusión desleal, podemos citar algunos extractos destacados de la sentencia.

Sobre la Excepción de Naturaleza de

Acción deducida por la defensa de Erika Serrano Arias, la Sala sostuvo lo siguiente:

“La Sala, en consideración de esa extensión [extensión del tipo de contexto de contratación estatal a que se hace referencia con la frase “Cualquier otra operación semejante”], de esa semejanza, 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 (...).”²

“Descartado que sí y solo sí el delito pueda configurarse en casos de contratación sujetos a la mencionada ley, esta Sala, a efectos de determinar la semejanza, encuentra, como factor común entre los ámbitos previstos: contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas, la existencia o preexistencia de un procedimiento normativo-administrativo en todos ellos(...).”³

“En suma, la adjudicación en propiedad por parte del Estado –lo mismo que en la subasta y a los otros ámbitos del tipo- se sujeta a una normativa y procedimiento previo que determina requisitos de cumplimiento escrupuloso y verificable por los funcionarios públicos encargados (...).”⁴

En efecto, resulta infundado el argumento vertido por la defensa de Serrano Arias en el sentido de entender como operaciones reguladas por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a la cláusula abierta de “operación semejante” referido al contexto de contratación en el delito de colusión, puesto que ello reduce sobremanera el ámbito de lo prohibido, dejando graves espacios de impunidad.

Dentro de esta cláusula abierta deben comprenderse, como bien lo estableció la Sala, todas aquellas operaciones que no necesariamente impliquen un “contrato”, en el sentido jurídico

del término, sino otras formas de contratación administrativa en las cuales el funcionario intervenga en pos de finalidades públicas⁵. No interesa que en el presente caso, la contratación haya estado regulada específicamente sólo por el Decreto Legislativo N° 1089 (Decreto Legislativo que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales) y no por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Esto queda igualmente claro con la reforma del tipo penal de colusión desleal realizada mediante la Ley N° 29758. Aquí el tipo hace referencia explícita a que el contexto de contratación pública puede darse para proveer al Estado o cuando este provee bienes o servicios. En el presente caso, estamos ante una contratación pública en la cual se realiza un servicio de formalización de la propiedad rural.

Por otro lado, respecto del perjuicio patrimonial como elemento típico del delito de colusión la Sala sostuvo lo siguiente:

“(…) y el enajenar bienes pese a un concertado incumplimiento [de deberes funcionales] de aquellos [los funcionarios públicos encargados]... causa perjuicio al patrimonio estatal desde que el desprendimiento de su propiedad bien pudo efectuarse en mejores condiciones. El que los funcionarios se hallaran obligados a cautelar y obtener mayores beneficios o mejores condiciones para el Estado no se limita aquí al precio, como en el caso de la subasta, sino a que el cumplimiento de los presupuestos – posesión, habilitación- sea de tal manera riguroso como para establecerse la excepcional situación de transferir la propiedad del predio a quien ya venía poseyéndolo y usufructuándolo; eran pues mejores condiciones el que el Estado conservara el Patrimonio y con ello la posibilidad de obtener provechosos beneficios (vía subasta, por ejemplo).”⁶

“La jurisprudencia suprema al inter-

2 Página 17 de la sentencia.

3 Página 18 de la sentencia.

4 Páginas 18 y 19 de la sentencia.

5 Ver ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra: Lima, 2003. Pág. 312.

6 Página 19 de la sentencia.

*pretar el tipo penal no ha requerido necesariamente un perjuicio patrimonial efectivo del Estado, sino sólo que el acuerdo colusorio ponga en peligro el patrimonio*⁷.

Es importante notar la fundamentación de la Sala en este punto, porque se adhiere a la opinión, a nuestro juicio, dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el perjuicio patrimonial en este delito. En las Ejecutorias Supremas recaídas en los recursos de nulidad N° 1480-2003 de 22 de julio de 2004, 350-2005 de 20 de julio de 2005, 20-2003-A.V. de 18 de octubre de 2005, 1296-2007 de 12 de diciembre de 2007, entre otras⁸, se establece que la conducta típica de la colusión desleal puede suponer un perjuicio real o potencial al patrimonio del Estado, siendo que en este caso el perjuicio al patrimonio –entendido en sentido funcional⁹– fue efectivo al haberse, en un lapso de tiempo, disminuido las posibilidades del Estado de obtener un mayor beneficio a partir de los dos predios adjudicados ilícitamente.

IV. SOBRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

La defensa del acusado Hernando Hidalgo Díaz, Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI –cuyas funciones eran formular, coordinar, ejecutar y supervisar acciones administrativas respecto de las solicitudes de titulación de predios informales, entre otras–, apeló al principio de confianza para descartar su responsabilidad penal por el delito de colusión imputado. En este sentido, la defensa de Hidalgo alegó lo siguiente:

“(…) respecto al desarrollo de la conducta que él ha realizado, creemos que abusaron del principio de buena fe y del principio de confianza, cuando ejerció el cargo de Jefe de la Ofi-

cina Zonal de Lima y Callao. (...) hemos demostrado que existían filtros (...). El nunca solicitó el expediente. Él firmó la documentación como parte diaria de su despacho administrativo, fueron otras personas las que se interesaron respecto a este hecho (...). Si el señor Hidalgo se hubiera puesto a revisar cada uno de las actuaciones de cada uno de sus coprocesados, que hicieron este acto administrativo o que coadyuvaron a realizar o reunir los requisitos para el cumplimiento de este acto administrativo, entonces, no sería jefe zonal, [sino que] sería supervisor y estaría ahí en cada acto. Creemos que [se habría dado] un abuso de confianza por parte de los dos señores asesores que no son miembros de este juicio, que tuvieron mucha responsabilidad para que el señor [Hidalgo] firme la documentación y lo induzcan a firmar resoluciones. (...) Abusaron de su buena fe, abusaron de su confianza. Nosotros hemos presentado una serie de documentos que conllevan a determinar la conducta idónea del señor Hidalgo Díaz”¹⁰

Respecto a esta argumentación de la defensa, la Sala, en la sentencia en comentario, descartó la aplicación del principio de confianza determinando lo siguiente:

“(…) no puede alegar Hidalgo Díaz que los reiterados actos por él realizados, para materializar el delito, respondían a la confianza que tenía en sus asesores o “filtros”, toda vez que estos no revisaron los expedientes y son varios los actos que él realizó en el tiempo transcurrido desde el ingreso de la solicitud hasta que anuló su propia resolución, arrogándose una competencia que no le correspondía. Se incluye la reunión con la funcionaria de la SBN (...)”¹¹

A nuestra consideración, el argumento de la defensa se descarta debido

a que el acusado Hidalgo Díaz tenía un deber especial de garante, de acuerdo al cargo público que ejercía. Dicho deber de garante está referido a la obligación de protección del bien jurídico tutelado en el delito de colusión –“la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que realice el Estado o en cualquier tipo de operaciones a cargo de éste”¹²–, es decir, en tanto funcionarios y servidores públicos, Hidalgo y Calderón, tenían una labor especial de custodia de la posición de “lesionabilidad del bien jurídico”¹³, el cual se encuentra a merced del correcto ejercicio del cargo público por parte de aquellos.

En este sentido, Hidalgo no podía alegar la aplicación del principio de confianza ya que él incurrió en una omisión al firmar la documentación sin haber revisado con diligencia lo que sus asesores le daban a firmar. Tanto Hidalgo como sus “filtros” actuaron contraviniendo sus deberes funcionales –no ejercieron correctamente su cargo público– ya que éstos últimos, como la misma Sala señala, no revisaron los expedientes correspondientes. Al respecto, Cancio Meliá señala que el principio de confianza deja de ser efectivo o de aplicarse cuando hay indicios suficientes de que los demás intervinientes no van a atenerse al “esquema de coordinación”¹⁴. En otras palabras, en el caso concreto, Hidalgo no podía apelar al principio de confianza ya que para él sí era previsible que sus asesores no estaban actuando conforme a sus funciones, entonces la conducta de aquél no puede ser enmarcada dentro de los límites del riesgo permitido.

Por otro lado, el principio de confianza no podría aplicarse en el presente caso ya que además, como señala la Sala, Hidalgo ejecutó otros varios actos contrarios a sus funciones. Por ejemplo, Hidalgo respondió oficios de

⁷ Página 78 de la sentencia.

⁸ Ver al respecto la sistematización de la jurisprudencia suprema sobre este punto en el portal Web del Proyecto: http://idehpucp.pucp.edu.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=493&Itemid=300&Itemid=305. Visitado el 11 de diciembre de 2011.

⁹ Es decir, considerar la función social que cumple el patrimonio para el Estado y no el dominio del patrimonio en sí, de tal manera que sobre el patrimonio recaen expectativas sociales que se ven frustradas (perjudicadas), incluso, por lo dejado de percibir. Esta definición incluye, por tanto, el “patrimonio en potencia” o “patrimonio potencial”.

¹⁰ Sentencia recaída en el Expediente 30-2010 emitida el 7 de noviembre de 2011, pp.101-103.

¹¹ Página 140 de la sentencia.

¹² GUIMARAY MORI, Erick. “La tipificación penal del delito de colusión”. En: Boletín N° 7 Proyecto Anticorrupción. http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

¹³ Sentencia recaída en el Expediente 30-2010. Op. Cit. p.83.

¹⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. Líneas Básicas de teoría de la imputación objetiva. Editorial Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2011, p.108.

entidades externas que hacía notar la improcedencia de la adjudicación de los terrenos. Por este motivo, el acusado no puede argumentar que su conducta fue conforme a derecho ya que, por el contrario, supuso la creación de un riesgo prohibido a concertar con los particulares también acusados en este caso.

V. SOBRE LA SUPERPOSICIÓN DE DELITOS

Tal como se señaló anteriormente, los señores Julio Calderón y Hernando Hidalgo fueron acusados por los delitos de cohecho pasivo propio (art.393° CP), colusión (art. 384°CP) y negociación incompatible (art. 399° CP). Asimismo, Hidalgo a su vez fue acusado por el delito de omisión de funciones (art. 377° CP). En este apartado se realizará un análisis y comentario acerca de la superposición de los tipos penales de negociación incompatible y omisión de funciones respecto del delito de colusión desleal.

El delito de colusión desleal sanciona el supuesto por el cual un funcionario público (sujeto activo) concerta, aprovechando su cargo, con particulares interesados en procesos de adquisición o contratación pública. En este sentido, se trata de un delito especial. Al respecto, Rojas Vargas señala lo siguiente:

*“El delito de **colusión desleal** o **defraudatoria** es uno de aquellos ilícitos penales en los cuales la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia de delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (...) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial”*¹⁵

Para que la conducta sea penalmente relevante, el funcionario público debe

concertar guiándose por intereses ajenos a la eficiente administración pública. En palabras de Abanto Vásquez “debe constituir una privatización de la actividad funcional del sujeto activo; en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los interesados privados y a sí mismo”¹⁶.

Por otra parte, el delito de **negociación incompatible** sanciona la conducta por la cual un funcionario público (sujeto activo) se interesa de modo, directo, indirecto o simulado, en provecho propio o de un tercero, por cualquier contrato u operación en la que el Estado intervenga. Dicho interés debe manifestarse por medio de un acto material concreto por el cual el funcionario superpone un interés privado por encima del interés público que debe defender al representar al Estado en la operación o contrato.

Es de notar que para este delito el funcionario o servidor público deberá tener facultades de decisión, en virtud de su cargo, en el marco de las negociaciones u operaciones¹⁷.

El objeto del bien jurídico protegido por este delito sería, según Abanto Vásquez, el correcto funcionamiento de la administración pública que se manifiesta en la imparcialidad que debe regir las actuaciones de los funcionarios y servidores cuando estos intervengan en un contrato u operación económica donde tengan que defender o representar los intereses de la propia administración pública.¹⁸

Por su parte, el delito de **omisión de funciones**, tipificado en el artículo 377° CP, sanciona aquella conducta por la cual un funcionario público (sujeto activo) rehúsa, retarda u omite ilegalmente algún acto propio de su cargo. Se trata de un delito de omisión pura. Respecto a las conductas típicas, estas “deben ser ilegales, es decir, no deben estar cubiertas por las leyes y los reglamentos. Si la reglamentación no prohíbe o no señala

expresamente las obligaciones que el funcionario debe realizar, su conducta no será típica”¹⁹. Respecto al bien jurídico penalmente protegido en este delito, podemos entender que se trata del funcionamiento y desenvolvimiento normal de la administración pública, concretado en la oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública. Esta función debe estar protegida contra la inercia y/o lentitud dolosa de los funcionarios.²⁰

En la acusación fiscal se le atribuye al sr. Hidalgo el delito de omisión de funciones en calidad de autor. El Sr. Hidalgo en su calidad de Jefe Zonal de Lima y Callao tenía la función de supervisar las acciones administrativas respecto de la oficina receptora de las solicitudes de titulación materia del proceso penal. En específico, no controló los trámites de las solicitudes de titulación, por el contrario permitió que se emitieran los títulos de propiedad sin que dichas solicitudes cumplan con los requisitos exigidos por ley.

Pues bien, la Sala en la sentencia en comentario, considera lo siguiente respecto a la superposición de los delitos de colusión y negociación incompatible:

“Este tipo penal [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 funcional, sólo que sin que medie actos de concertación.

*En este orden de ideas, se reconoce la subsidiariedad de este tipo penal (...) este delito es subsidiario de aquellos que sancionan el hecho de que funcionarios prioricen intereses funcionales. Dicho de otra forma, es subsidiario, a efectos de caso que nos ocupa, del delito de colusión”*²¹

¹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2007, p.408.

¹⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2003. p. 311

¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. Cit.* p.820.

¹⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. Cit.* p. 506.

¹⁹ *Ibid.* p.241.

²⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. Cit.* p.271

²¹ Sentencia recaída en el Expediente 30-2010. *Op. Cit.* p.79

Por otro lado, respecto del delito de omisión de funciones y su relación con el delito de colusión, la Sala se manifestó del siguiente modo:

*“Dado que la omisión de funciones como cualquier delito de omisión no implica sólo una mera inactividad funcional, sino cualquier otra actividad del funcionario que no se corresponde con un comportamiento debido, es fácil explicar que se trata de un comportamiento que se encuentra en la base de múltiples delitos contra la administración pública: cohecho activo propio, peculado, colusión, tráfico de influencias (supuesto agravado), etc. Otra vez, en este tipo penal se sanciona un injusto funcional (...). Sin que para ello se requiera concertación, de ahí que bien puede entenderse como un delito subsidiario al de Colusión”.*²²

Nos parece acertada la postura adoptada por la Sala al explicar que los delitos de negociación incompatible y de omisión de funciones son subsidiarios respecto del delito de colusión desleal, ya que éste último desvaloriza de modo más idóneo y completo el hecho delictivo, mientras que los otros dos tipos penales sólo lo hacen de modo parcial –ya que no contemplan como requisito la bilateralidad o concertación ilegal–. Respecto de estos tres delitos en análisis, puede afirmarse que entre ellos se configuraría un concurso aparente de leyes. El concurso aparente de leyes se configura cuando *“una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales pero su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales. (...) Así, en el concurso aparente se produce un fenómeno que una ley excluye a otra (...)”*²³; con ello se evita incurrir en un bis in idem inconstitucional.

Las reglas o principios que solucionan el problema del concurso aparente de leyes –determinando cuál ley se termina aplicando por ser más precisa– son los siguientes: i) principio de especialidad, ii) principio de subsidia-

riedad, iii) principio de consunción. Pues bien, respecto a los delitos aquí analizados, consideramos que por el principio de subsidiariedad de la aplicaría el delito de colusión en vez del delito de negociación incompatible y/o del delito de omisión de funciones. El Prof. Villavicencio señala al respecto que *“la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que en la subsidiariedad media una unidad de conducta y que esta abarca tanto el supuesto en que una ley subordina su aplicación a la inaplicabilidad de la otra –caso de especialidad–, como el supuesto aquí considerado exclusivo de subsidiariedad, es decir, el descarte de la tipicidad correspondiente a la afectación de intensidad menor”*.²⁴

Tomando en consideración esto último, en el presente caso los delitos de negociación incompatible y de omisión de funciones serían subsidiarios, por cuanto la concertación y consiguiente defraudación de la colusión desleal implica necesariamente el interesarse indebidamente en la contratación pública y omitir actos funcionales, más no toda omisión funcional y/o interés en una contratación pública supone una concertación ilícita con particulares. Asimismo, se justifica la prevalencia de la colusión, puesto que este delito resulta más gravoso que los otros dos delitos, pues en la actualidad la colusión con perjuicio patrimonial del Estado tiene una pena máxima de 15 años de prisión, mientras que la negociación y la omisión de funciones tienen una pena máxima de 6 y 2 años respectivamente.

VI. SOBRE EL CONCURSO REAL ENTRE EL DELITO DE COLUSIÓN Y COHECHO PASIVO

Sobre el concurso del delito de colusión con el de cohecho pasivo podemos citar los siguientes fragmentos de la sentencia:

“Estando a que al formular la requisitoria oral la señora Fiscal no precisó la suma de penas en atención a que

consideraba el concurso ideal entre los delitos de solución y cohecho, y a que esta Sala, como se indicó en la fundamentación jurídica y dada la distinción de los bienes jurídicos y las conductas, encuentra supuesto de concurso real entre ambos delitos, la penalidad a imponer difiere de la solicitada (...)”.²⁵

Consideramos que la conclusión a la cual llega la Sala es correcta. Existe un concurso real de delitos y no un concurso ideal, debido a que en el presente caso el delito cohecho pasivo se consumó con la aceptación de la promesa de beneficio que se entiende se produjo con anterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación de terrenos ante COFOPRI,²⁶ mientras que el delito de colusión desleal se consumó con la concertación y consiguiente defraudación de los intereses del Estado.

En este sentido, no existe unidad de acción en el actuar de Calderón e Hidalgo, puesto que primero se lleva a cabo la conducta de cohecho, fuera del contexto de contratación Estatal, y posteriormente se despliega la conducta de concertación y defraudación de la colusión dentro de dicho contexto.

Debe recordarse que el delito de colusión exige para su configuración como mínimo un peligro concreto al patrimonio – en sentido funcional- del Estado, lo cual sólo tiene lugar una vez iniciado el procedimiento de contratación administrativa. Antes de esto sólo existirá un peligro abstracto a los intereses patrimoniales del Estado que podría ser sancionado, de conformidad con la redacción actual del tipo penal, como una colusión simple.

Es decir, la efectiva violación de los deberes funcionales u obligaciones por parte de Calderón e Hidalgo en el procedimiento de adjudicación de terrenos constituye, de cara al ilícito del cohecho, actos de agotamiento del delito, mientras que, de cara al delito de colusión, constituyen actos ejecu-

²² Ibid. p. 80.

²³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Grijley, Lima, 2006, p.745

²⁴ Ibid. p. 747

²⁵ Página 150 de la sentencia.

²⁶ Ver ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.* Pág. 450.

tivos. Ello evidencia la falta de unidad de acción.

VII. SOBRE EL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN PENAL Y EL FUNDAMENTO DEL DELITO

A continuación se presentaron algunos de los extractos más resaltantes de la sentencia referidos a los criterios que se tomaron en cuenta para establecer el título de la imputación penal de los funcionarios (autores o partícipes), así como para fundamentar el propio injusto del delito cometido.

Sobre el análisis de los delitos de infracción de deber y de dominio la Sala esgrimió lo siguiente:

“En efecto para Schunemann la teoría normativa del dominio del hecho es un elemento importante no sólo para distinguir autor de cómplice en los delitos omisivos impropios o en los delitos especiales [como el de colusión] sino para fundamentar el propio injusto de estos delitos”.²⁷

“Concretamente con relación al delito de colusión denominado en el Derecho alemán delito de Administración desleal del patrimonio del Estado, Schunemann refiere que este delito no puede explicarse con la simple referencia a la infracción de un especial deber jurídico extrapenal... la razón de ser de los distintos deberes especiales presentes en estos delitos sería la especial lesionabilidad del bien jurídico con respecto al autor descrito en el tipo (intraeus). Por su especial posición social, el intraeus ejercería u dominio sobre la falta de protección o desamparo del bien jurídico o de la víctima. Esta necesidad cualificada de protección del bien jurídico no existiría con respecto al partícipe que no ejerza el dominio sobre el desamparo del bien jurídico antes referido.

En conclusión, y en tanto el delito de

colusión es un delito especial propio, consideramos que se trata de un delito de dominio y no un delito de mera infracción de deber”.²⁸

Como hemos explicado en anteriores comentarios jurisprudenciales²⁹, dominio e infracción de deber en esta clase de delitos especiales contra la administración pública, son conceptos no contradictorios para establecer el título de la imputación penal —aunque no sólo ello—, sino que son complementarios a efectos de desvalorar íntegramente el hecho. Sólo aquel funcionario público que ejerza el dominio sobre el desamparo del bien jurídico protegido por este delito podrá ser autor del mismo —siendo innegable la presencia de la violación de deberes funcionariales para ello—. El funcionario público responde como autor debido al acceso que tiene al bien jurídico en virtud a su posición en la institución pública, como sostiene el profesor Schunemann:

“El bien jurídico debería ser protegido de un modo especialmente intensivo debido a la especial vulnerabilidad que presentaría frente a los posibles ataques de ciertos sujetos cualificados por la posición social ocupada por estos”.³⁰

De otro lado, sobre el tipo de autoría presente en este caso la Sala mencionó lo siguiente:

“la fenomenología de la codelinuencia muestra que la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todas quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. Todos ellos

comparen el hecho, que es obra inmediata de todos, los cuales comparten su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar”.³¹

“El caso límite es el del sujeto que sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría —aunque no lleguen a conocerse—. No bastará, en cambio, que el sujeto sepa que contribuye, si los otros no lo saben o no lo admiten”.³²

“...Como se ve, el principio de imputación recíproca se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos. Por ello, no tendría sentido aplicar el principio respecto de quien interviene unilateralmente. Su contribución ha de enjuiciarse de forma independiente. Se habla entonces, como siempre falta el acuerdo mutuo, de “autoría accesoría” (que no es verdadero autoría”.³³

Sobre este punto, como se explicó anteriormente, Calderón Rodríguez e Hidalgo Díaz fueron acusados como autores independientes del delito de colusión desleal y fueron, asimismo, condenados con el mismo título de imputación (autores independientes o accesorios). Sin embargo, no queda claro por qué la Sala en partes de la sentencia esgrime una coautoría entre ambos. En efecto, en la sentencia aparece el subtítulo “Julio Constantino Calderón Rodríguez y Hernando Hidalgo Díaz, resultan ser coautores de los delitos de solución y cohecho”,³⁴ mas en dicho acápite no se observa explícitamente las razones por las cuales la conducta de ambos encajan en la estructura dogmática de la coautoría o, en todo caso, porque esta se descarta y se afirma una autoría accesoría.

A nuestro juicio, la conducta de Cal-

²⁷ Página 82 de la sentencia.

²⁸ Páginas 73 y 74 de la sentencia.

²⁹ Ver el comentario jurisprudencial “Caso: Ex ministro Baca Campodónico y otros ex ministros de Fujimori se coludieron en la compra de armamento bélico”. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf Visitado el 12 de setiembre de 2011. Pág. 9.

³⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. ¿Es autor de un delito especial el que domina el hecho? En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Dogmática actual de la autoría y la participación criminal. IDEMSA: Lima, 2007. Pág. 326

³¹ Página 86 de la sentencia.

³² *Ibidem*.

³³ Páginas 86 y 87 de la sentencia.

³⁴ Página 139 de la sentencia.

derón e Hidalgo denota una coautoría, puesto que ambos concertaron con los particulares y defraudaron al Estado en virtud de un plan criminal (inicialmente elaborado por Calderón, pero ratificado posteriormente por Hidalgo) y una división de funciones conforme a las competencias que cada uno tenía dentro de COFOPRI. Calderón como funcionario jerárquicamente superior a Hidalgo procuró la no elaboración de un informe físico legal sobre los terrenos, poniendo a Castagne en la brigada correspondiente, e Hidalgo, por su parte, realiza diversos actos ejecutivos (elaboración y remisión de oficios e informes, emisión de título de propiedad, etc.) para que se les otorgara la adjudicación de los terrenos a los particulares sentenciados.

Es de notar que, es teóricamente válido sostener que ambos tuvieron el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico y afirmar la presencia de una coautoría, puesto que como el propio Prof. Schunemann apunta el dominio sobre el fundamento del resultado -una de sus formas es el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico- es un concepto transversal y omnipresente en todas las formas de autoría.³⁵

VIII. SOBRE LA PROBANZA DEL DELITO DE COHECHO

Respecto al delito de cohecho pasivo, como bien lo sostuvo la Sala, Calderón e Hidalgo conjuntamente aceptaron promesas de beneficio para contravenir sus deberes funcionales y adjudicar ilícitamente los terrenos mediante una división de funciones. Es difícil sostener que Calderón e Hidalgo no conocían lo que cada uno de ellos iba a realizar para procurar la irregular adjudicación. Estos tenían una misma resolución criminal y aceptaban de forma tácita la contribución del otro en el hecho.

Según la sentencia, este delito queda acreditado en virtud de las probadas irregularidades que se produjeron en



Foto: Peru21

el proceso de formalización y posterior adjudicación de los terrenos mencionados. Que Calderón e Hidalgo hayan temerariamente infringido sus deberes funcionales en beneficio de particulares constituiría indicio suficiente para dar por acreditado la comisión del delito de cohecho pasivo propio, por cuanto en virtud de las máximas de la experiencia se sabría que nadie comete conscientemente irregularidades a favor de terceros, sino porque percibe algún beneficio a cambio.

Respecto a la legitimidad de esta argumentación para desvirtuar la presunción de inocencia del reo se podrá comentar en una posterior investigación; puesto que reconocemos que es un tema complejo que merece un mayor análisis.

IX. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Resulta relevante destacar aquellos extractos de la sentencia que se refieren al criterio de la importancia de los deberes infringidos para determinar la pena concreta por los delitos de colusión y cohecho:

“Así, en un primer nivel se encuentran los precisados a quienes se probó conducta subsumida en los tipos de colusión y cohecho: Calderón Rodríguez, Hidalgo Díaz, Chauca Navarro, Campos Alarcón y Serrano Arias; y dentro de ese grupo es posible distinguir a aquellos que ejercieron funciones públicas de nivel superior dentro del Organismo de la Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y a

*quienes por esa posición y funciones inherentes a ella les alcanza un mayor grado de reproche con relación a la naturaleza de los hechos, la importancia de los deberes infringidos, los medios empleados, los móviles y fines”*³⁶

*“El deber infringido, de probidad en el cumplimiento de esa función (de titulación), revela suma importancia que abona como agravante respecto de la conducta de los acusados funcionarios, pero en mayor grado para el acusado Calderón Rodríguez (dada su posición como Secretario General de COFOPRI)”*³⁷

Respecto de este tema, la Sala establece que merece un mayor reproche penal la conducta del sentenciado Calderón, debido a su mayor nivel jerárquico en la institución pública (COFOPRI). Efectivamente, el artículo 46° numeral 3) del Código Penal erige a la importancia de los deberes infringidos como criterio para determinar judicialmente la pena.

Como se aprecia en el organigrama de COFOPRI³⁸, la Secretaría General que estaba a cargo de Calderón se encuentra por encima jerárquicamente de la Oficina Zonal – Lima y Callao, en ese momento, bajo el mando de Hidalgo, por encima de aquella se encuentra sólo la Dirección Ejecutiva de COFOPRI que estaba a cargo de Omar Quezada. Por lo que, a nuestro juicio, la pena que se le debió imponer a Calderón Rodríguez debió ser mayor que la que se le impuso a Hidalgo en razón a la mayor relevancia del deber funcional infringido.

³⁵ Ver al respecto SCHUNEMANN, Bernd. “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”. En: *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*. IDEMSA: Lima, 2006. pp. 278-313.

³⁶ Páginas 146 y 167 de la sentencia.

³⁷ Página 148 de la sentencia.

³⁸ Ver página 34 de la sentencia.

CASO CHEHADE: Lea lo más resaltante del informe de la congresista Pérez Tello

A continuación presentamos un extracto del Informe Final de la Denuncia Constitucional N° 55 (Caso del ex Vicepresidente Omar Chehade) firmado por la congresista María Soledad Pérez Tello de Rodríguez que data del 05 de diciembre de 2011 (el texto completo se puede descargar haciendo clic en el enlace ubicado encima de la fotografía):

>>> **DESCARGUE EL INFORME COMPLETO DE AQUÍ** <<<



Foto: Peru21

5.2.4. PATROCINIO ILEGAL

“Artículo 385°.- 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”.

TIPICIDAD OBJETIVA

(...)

ACCIÓN TÍPICA

El delito de patrocinio ilegal de intereses particulares, es un injusto penal que exige básicamente dos elementos: **a) que el funcionario se “valga del cargo”** -esto es, se aproveche de su calidad funcional-; **b) para “patrocinar intereses de particulares ante la administración pública”** (el patrocinio está referido tanto en su connotación - significa protección, ayuda, gestión, defensa, etc...- como en su denotación- abarca todas las esferas de la administración pública, en sus ámbitos legislativo, ejecutivo, judicial, militar, etc.¹).

Así, pues, este término significa algo más que interesarse; se exige la verificación de actos concretos ante la Administración Pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se

realicen de manera personal o a través de cualquier otro medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.), para lo cual es importante la identificación del funcionario como tal.²

(...)

Así, se trata de un delito de peligro y de mera actividad que se consuma con el patrocinio independientemente si se logró o no éxito en él.

Ahora bien, resulta indispensable distinguir esta figura penal de otros injustos que se asemejan, tales como el tráfico de influencias (artículo 400° del C.P.) y la negociación incompatible (artículo 397° del C.P.).³

El tipo de patrocinio ilegal se diferencia del tipo de tráfico de influencias, en tanto que en el delito de tráfico, el sujeto activo es cualquier persona - en cambio, el patrocinio es un delito especial, así como en cuanto al elemento del provecho o ánimo de lucro que existe en el tráfico de influencias y no en el patrocinio.

Asimismo, el patrocinio ilegal se dis-

tingue de las “negociaciones incompatibles”, en tanto que el patrocinio no requiere que la acción típica se refiera a la función específica del sujeto activo, elemento indefectible en la negociación incompatible.

En el mismo sentido, la jurisprudencia penal, sobre el patrocinio ilegal, ha señalado que:

“El injusto de patrocinio ilegal o incompatible pertenece a los tipos penales de delitos de peligro, por lo que no se requiere un resultado material, es decir, no se precisa que previamente se verifique el resultado en contra de la Administración Pública, sino que, lo que precisamente se reprocha y se trata de prevenir es el peligro que dicho patrocinio representa para el Estado; bastando para su comisión el hecho de representar a un particular ante la Administración que lo cobija” (énfasis fuera del original) (Exp. N° 477-97. Ejecutoria Suprema. En: El Código Penal en su Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pág. 403).

“El tipo objetivo del delito de patrocinio ilegal exige que el agente se valga de

1 ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”. Grijley, Lima-Perú, 2007.

2 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: “Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano” Palestra, Lima-Perú, 2001.

3 Sobre el particular, véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: “Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano”. Palestra, Lima-Perú, 2001.

su condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares” (R.N. 1054-2001-Lima. Ejecutoria Suprema. En: El Código Penal en su Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pág. 403).

SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto Activo: El delito de patrocinio ilegal o de gestión de intereses particulares constituye un delito especial propio en tanto que la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad⁴; de ahí que solo el funcionario o servidor público pueda responder como autor de este ilícito penal. (...)

Sujeto Pasivo: La Administración Pública.

TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de patrocinio ilegal es un delito doloso. El sujeto debe actuar conociendo y teniendo conciencia de hallarse impedido de patrocinar intereses de particulares y con voluntad de realizar la conducta prohibida por la norma penal.⁵

A partir de las consideraciones expuestas, se colige que el Vicepresidente y Congresista Omar Chegade Moya **habría incurrido en la conducta descrita en el delito de Patrocinio ilegal al existir indicios razonables por la presunta comisión del ilícito, específicamente:**

- Haber convocado a tres generales a una cena en su condición de Vicepresidente y Congresista para tratar temas particulares como el deceso de Walter Oyarce. (Indicio antecedente: manifestaciones previas y realización de actos preparatorios.)

- Haber empoderado a su hermano Miguel Elías Chegade Moya quien se comunica hasta en dos oportunidades, con el General PNP Raúl Salazar Salazar por encargo de su hermano el Vicepresidente y Congresista desde su despacho congresal; y haber empoderado nuevamente a su

hermano y al Sr. Miguel José María León Barandiarán haciéndolos participar en una cena con tres generales con quienes no lo vinculaba ninguna relación previa, salvo su condición de Vicepresidente y Congresista. (Indicio antecedente: realización de actos preparatorios)

- Haber tratado diversos temas particulares, entre ellos el de Andahuasi, aun cuando existan declaraciones contradictorias del denunciado respecto a la amplitud del desarrollo del tema y su participación en el mismo. Cabe destacar que los generales tenían o habían tenido la dirección policial de Lima o Lima Provincias, razón por la cual el General Salazar considera que se invita al General Gamarra. (Indicio subsecuente: mala justificación)

Teniendo en consideración que:

- La agenda a tratar estaba vinculada a los hechos ocurridos en el Estadio Monumental, a los sucesos relacionados con el fallecimiento de Walter Oyarce; agradecer al General Salazar por el apoyo brindado durante la campaña electoral, y a temas de seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia. (Indicio antecedente: realización de actos preparatorios)

- La agenda tratada según el General Arteta fue el desalojo de Andahuasi y el plan operativo que ello involucra, sobre el que precisó que el *“señor Miguel Chegade, el hermano del señor congresista, (...) manifestó en la mesa que esta empresa estaba en capacidad de sufragar los gastos que ocasiona el transporte de personal, inclusive el transporte de los caballos, los viáticos del personal y alimentación del personal”*. (Indicio antecedente: realización de actos preparatorios)

- El tema Andahuasi es introducido por el denunciado según manifiesta el General Arteta al decir *“el actual gobierno está sumamente preocupado por defender los capitales nacionales y se tocó el tema de Andahuasi”*. (In-

dicio antecedente: realización de actos preparatorios)

- El General Arteta señaló que *“En el desarrollo de la cena..., el hermano del señor congresista, me manifestó que ellos podrían realizar o alcanzarme una copia de la resolución en la cual estaban ya las acciones muy adelantadas para la ejecución de un operativo de desalojo en Andahuasi.”* (Indicio antecedente: realización de actos preparatorios)

Lo antes señalado tiene relación con que:

- El 06 de Octubre del año 2011 los señores Miguel Elías Chegade Moya y Miguel José María León Barandiarán se apersonaron al Cuartel El POTAO quienes solicitaron una entrevista con el General Arteta lo que ha sido corroborado por los testigos citados a la Sub comisión e incluso se ha sancionó a un Oficial por omitir el Registro de su ingreso. (Indicio subsecuente)

- De acuerdo a los testigos citados a la Sub comisión, las personas mencionadas en el párrafo anterior, le entregaron al General Arteta un sobre de manila. (Indicio Subsecuente)

- El General Arteta señala que el sobre contenía una resolución sin sellos ni firmas. (Indicio Subsecuente)

- Durante el desarrollo de la Audiencia en la Subcomisión, se procedió a comparar la Resolución que obra en el expediente N° 06609-2009-0-1706-JR-CI-10, de fecha 21 de julio de 2011, con la copia entregada por Frecuencia Latina a la Comisión de Ética Parlamentaria, constatándose que ambas tenían el mismo contenido, número y características similares, con la diferencia que la segunda carecía de firma y sellos. (Indicio Subsecuente)

De los hechos descritos se evidencia el aprovechamiento del cargo de parte del Vicepresidente y Congresista denunciado, sin el cual los Generales Arteta, Gamarra y Salazar no habrían

⁴ ROXIN apunta que la diferencia entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios es que en los últimos no constituyen el fundamento de la punibilidad, sino tan solo la agravación de la pena. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley, Lima, 2007, pág. 307.

⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”. Grijley, Lima-Perú, 2007.

asistido a la reunión. Estos hechos se concatenan con la asistencia al POTAO de los civiles empoderados que participaron por convocatoria del denunciado en la cena del 4 de octubre.

El propio denunciado en sus descargos indica que *“la hipótesis esbozada por el General Guillermo Arteta Izar-nótegui, respecto de la concurrencia de su hermano y de Miguel José María León Barandiarán Hart a las instalaciones del POTAO, es con el objetivo de forzar la figura de Patrocinio Ilegal contra su persona, porque tal hipótesis carece de todo sustento, debido a que no existe prueba objetiva que acredite fehacientemente dicha concurrencia física al cuartel mencionado, como tampoco existe el elemento objetivo que acredite la presencia física de los testigos Capitán (r) Richard Salas Torres, Sub Oficial PNP (r) Teresa Chotón y Coronel (r) Gilbert Soto Merino.”*

De los hechos se puede afirmar que, la hipótesis de la concurrencia de Miguel Chehade Moya y Miguel León Barandiarán Hart al POTAO, en contra de lo sostenido por el denunciado, **no carece de sustento y no ha sido controvertida en los medios probatorios actuados**, adicionalmente si aceptáramos que no existe elemento objetivo que acredite la presencia física de los testigos mencionados por el denunciado, sí existe elemento objetivo que acredita la presencia física de otros testigos, tales como el Alferez PNP Jonnathan Mendoza, la Sub Oficial PNP Vanessa Quinto y la Sub Oficial PNP Maritza Silva Trinidad quienes coincidieron en que los señores mencionados sí asistieron al POTAO. (Prueba documental y testimonial - Acuerdo Plenario N 02-2005-CS-PJ, de cumplimiento y observancia obligatoria, cuyo contenido establece la validez jurídica en los testimonios. Las declaraciones deberán ser consistentes y coincidentes en el tiempo y espacio, existiendo coherencia y lógica narrativa en el testimonio)

Lo antes indicado constituye elemento probatorio suficiente para determinar la presunta comisión del ilícito penal de Patrocinio ile-

gal por parte del denunciado, dado que los hechos reflejan que intervino en favor de intereses de particulares, precisando que:

1. Se realizó la cena.
2. Se trato el tema Andahuasi.
3. Se efectuó la visita al POTAO.
4. Existe un oficio de exhorto sin sellos ni firmas idéntico en su contenido, al que obra en el expediente de desalojo.

6. JUICIO POLÍTICO POR INFRACCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

6.1 ARGUMENTOS DE LA PARTE DENUNCIANTE

A criterio de la parte denunciante, el hecho de que el congresista Omar Chehade haya patrocinado e impulsado intereses de un grupo económico particular ante la administración pública en la disputa por el control de la empresa azucarera Andahuasi constituye una infracción de la Constitución. Ello es así porque en su condición de Congresista y Segundo Vicepresidente ocupa un estatus especial que conlleva privilegios y obligaciones. Lo cual supondría, según manifiestan los denunciantes, una vulneración del artículo 38° de la Constitución.

6.2 ARGUMENTOS DE LA PARTE DENUNCIADA

El denunciado, por su parte ha manifestado que se afectaría el principio de legalidad por cuanto la imputación respecto a una posible violación del artículo 38° que se le atribuye no es válida en tanto no existe alguna norma de desarrollo constitucional, legal, o reglamentario que regule lo relativo a la infracción constitucional. Por tanto, al no existir tipicidad del hecho punible o su sanción, se estaría violando el referido principio. Del mismo modo, afirma que esta facultad sancionadora que posee el Congreso de la República debe aplicarse con el mayor rigor y ponderación, respetando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

También argumenta que su conducta en el desempeño de la función pública ha sido siempre en interés de la

sociedad y del Estado.

6.3 ANÁLISIS DE LA DENUNCIA CONSTITUCIONAL

Se advierte de los términos de la denuncia una posible infracción del artículo 38° de la Constitución. Tal disposición establece expresamente que

“Artículo 38°.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

No obstante ello, y antes de proceder a evaluar si se ha presentado una infracción de la Constitución en el presente caso, es pertinente hacer mención de algunas consideraciones generales en torno al instituto del juicio político a fin de determinar ciertos principios que deben regir su aplicación, en particular, si se toma en cuenta que, como consecuencia de su desarrollo, es facultad del Congreso imponer sanciones de carácter político por una eventual infracción de la Constitución.

De manera contraria a lo sostenido por la parte denunciada, la infracción constitucional no resulta contraria al principio de legalidad. Si bien cierto sector de la doctrina estima que las infracciones constitucionales, al no cumplir con el requisito de *lex certa* - propia, por lo demás, de las normas penales y administrativo - sancionadoras - devendría en atentatoria del principio de legalidad. Lo cierto es que la controversia en torno a este punto ha sido ya resuelta en el sentido en que no existe una vulneración del referido principio.

Es así que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de afirmar que *“(…) 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 bus-*

ca 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. Para ello, la propia Constitución ha diseñado un mecanismo de sanción política para los más altos funcionarios de la República por infracción de la Constitución”.⁶

(...)

En razón de las consideraciones expuestas, se puede concluir que no existe una vulneración del principio de legalidad por la falta de descripción taxativa de la infracción constitucional.

6.4 INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PRESENTE CASO

Una vez determinados estos criterios que deben regir en la aplicación de sanciones en el marco del juicio político, corresponde determinar si, en el presente caso, la conducta del denunciado configura una infracción a la Constitución.

6.4.1. DEBER DE NO GESTIONAR INTERESES PARTICULARES

Se ha cuestionado en la denuncia una infracción del artículo 38° de la Constitución, tal y como se ha mencionado. Ahora bien, resulta evidente que esta disposición constitucional no puede ser interpretada de forma aislada, ajena al resto del texto y espíritu de la Constitución. Ello supondría desconocer el principio de unidad en materia de interpretación constitucional, que exige que la comprensión de la Ley Fundamental deba considerarse como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.⁷

Por ello, en la determinación de si se ha incumplido el deber de no gestionar intereses particulares, debe considerarse las diversas disposicio-

nes constitucionales y de desarrollo constitucional que resultan relevantes para evaluar si se ha cumplido con los deberes del cargo.

De particular relevancia es el artículo 23° inciso f primer párrafo in fine del Reglamento del Congreso, mediante el cual se especifica parte del contenido del artículo 38° de la Constitución. El artículo pre citado contiene los deberes y obligaciones de los congresistas. En el inciso f) se establece que los congresistas deben mantenerse en comunicación con los ciudadanos y organizaciones sociales, atender las denuncias que ellos sustenten y fiscalizar a las autoridades correspondientes, contribuyendo a mediar entre los ciudadanos y los entes del Poder Ejecutivo informando regularmente sobre su actuación parlamentaria.

Este aspecto genérico reduce el ámbito de acción en la última frase del inciso bajo análisis en tanto se establece literalmente que *“esta norma no promueve la realización de actos destinados a conseguir privilegios para ninguna persona o grupo”*, es decir establece la prohibición expresa de actuar, interceder o intervenir generando condiciones asimétricas mediante el ejercicio de la función parlamentaria, impidiendo de este modo que la acción del Estado se desarrolle por conducto y canal regular.

Esta disposición es similar a la que contiene el artículo 126° de la Constitución referida a Ministros, la misma que el Tribunal Constitucional incluye de manera ilustrativa como infracciones a la Constitución.

En este punto, conviene recordar que, en el caso del ejercicio de la función pública, la responsabilidad política tiene que ver ya no solo respecto de la capacidad de comprometerse con uno mismo, sino de hacerlo precisamente con los demás. Supone, pues, un compromiso de expectativas o exigencias para con la sociedad.⁸

Así, pues, los artículos 38°, 39° y 126° de la Constitución, así como los de

desarrollo constitucional contenidos en el Reglamento del Congreso al amparo del artículo 94° de la Constitución⁹ leídos conjuntamente, establecen el deber de todo funcionario público en general y de todo congresista en particular, de encontrarse al servicio de la Nación y, por ello, se encuentran prohibidos de interceder a favor de grupos particulares.

En ese sentido, el artículo 38° de la Constitución (interpretado en conjunto con el artículo 94° de este mismo cuerpo normativo y su desarrollo constitucional a través del Reglamento del Congreso), al señalar que todos los peruanos y, por consiguiente, los funcionarios públicos de la más alta jerarquía, se encuentran en el deber de defender y cumplir la Constitución, está ordenando que no sea posible que los congresistas intercedan, favorezcan, privilegien o gestionen intereses de grupos particulares negando, de esta manera, el compromiso que tienen para con la Nación.

Independientemente de la comisión de delitos basados en hechos de corrupción, la sola presencia del Congresista y Segundo Vicepresidente Omar Chehade para analizar las preocupaciones o intereses de particulares por más legítimas que estas sean; estando presentes oficiales de la policía en el momento en que se estaba analizando ascensos y el empoderamiento de Miguel Chehade y Miguel León Barandiarán para las futuras gestiones que se hicieron en el “POTAO”, constituyen acciones que configuran faltas de corrección para un Vicepresidente y Congresista de la República que restan legitimidad a ambos poderes del Estado.

En este mismo orden de ideas, convocar a una reunión para sostener temas tan delicados y técnicos como la seguridad ciudadana fuera de su despacho congresal y excediendo las atribuciones que le confiere su investidura como Vicepresidente, supone menospreciar la correcta formulación y adopción de políticas públicas con la participación de las organizaciones

6 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N 03593-2006-AA/TC. Fundamento jurídico 8.

7 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N 5854-2005-PA/TC, párr. 12; STC 0030-2005-PI/TC, párr. 26.

8 CAMPOS, Victoria: “Virtudes Públicas”. Editorial Espasa Calpe. Madrid-España, 1990.

9 Que establece que el Congreso elabora y aprueba su Reglamento.

competentes y que se encuentran realmente ligadas con la lucha contra la delincuencia y no con particulares que son ajenos a la función pública, pero que son empoderados frente a los servidores públicos, teniendo como único respaldo el tener una amistad o un vínculo sanguíneo con el denunciado.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el juicio político es aquel que **“Permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99º, 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 re-investido de poder en el futuro”**.¹⁰

6.4.2. ASUNCIÓN DE FACULTADES EN CONTRAVENCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La vicepresidencia es un cargo público sui generis (o sin género). A diferencia de lo que sucede con otros altos cargos públicos, el ejercicio de la función del vicepresidente no necesariamente coincide con su juramentación como tal.

Su titular es, por elección, titular del cargo, pero entre tanto no acontezcan determinados hechos, no ejerce función alguna. Solo lo hace cuando concurre un impedimento temporal o permanente del Presidente de la República (y del 1er Vicepresidente), o cuando ambos se ausentan del territorio nacional (artículo 115º de la Constitución Política), en cuyo caso se hace cargo del “despacho” presidencial.

Asimismo, el artículo 10º de la L.O.P.E. faculta al Vicepresidente a realizar funciones que no tienen que ver con hacerse cargo del despacho presidencial en caso de ausencia del Presidente; o la de ejercer la representación del Presidente en caso de impedimento temporal o permanente del mismo. En los términos que dicho artículo 10º de la L.O.P.E. establece, el Presidente de la República, que es el titular del Poder Ejecutivo, puede

encargarle la gestión de determinados asuntos.

(...)

Dicha lógica jurídica ha sido recogida por los artículos 106º de la Constitución, la 8va disposición final y transitoria y el artículo 79º del Código Procesal Constitucional.

En el caso en concreto, el denunciado ha señalado en sus diversas declaraciones que él participó y gestionó, en su calidad de Congresista y Vicepresidente de la República, la reunión en la que se enmarca la infracción a la Constitución.

Esto se demuestra con su declaración ante la Comisión de Ética parlamentaria del 2 de noviembre del 2011 en la que expresó que “yo me he reunido en una visita, en una reunión oficial, amical, informativa; y tampoco es que se hayan hecho tráfico (sic) por preocuparme simplemente de un familiar amiga de mi esposa (sic), no; porque eso tiene que ver con la seguridad ciudadana; eso tiene que ver con el tema de violencia social, con el problema de la policía. Y en ese momento no solo iba como Congresista, **iba con investidura de Vicepresidente de la República”**.

(...)

En ambos casos, el primero en forma expresa y el segundo de manera tácita actuaba como Segundo Vicepresidente de la República además de Congresista, en abierta

infracción a la Constitución porque el Presidente se encontraba en ejercicio del cargo y no recibió delegación expresa del mismo.

Dicho accionar, no solamente agrede el orden constitucional en razón de que materializa un comportamiento discordante con el de un funcionario público como se argumentó anteriormente, sino, además, pone en evidencia que el denunciado se atribuyó la capacidad de ejercer la función de Vicepresidente sin que la Constitución o la ley lo faculten para ello, según lo demuestra la normatividad antes expuesta, **perdiéndosele confianza respecto de su capacidad para discernir el uso del poder que ostenta.**

(...)

CONCLUSIONES

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido en el Artículo 89º inciso d) numeral 6, la ponente que suscribe propone acusar constitucionalmente al Sr. Omar Karim Chehade Moya:

Respecto del Antejudio Político; **declarando que existen indicios suficientes respecto de la presunta comisión del delito de Patrocinio Ilegal**; y, respecto del juicio Político **declarando que hay infracción al Artículo 38 de la Constitución**, sancionándolo con destitución e inhabilitación por 5 años.

Lima, 05 de Diciembre de 2011



Foto: Peru21

Miembros del Ministerio Público y la Procuraduría de Lima fueron capacitados por el IDEHPUCP

Miembros del Ministerio Público y la Procuraduría de Lima asistieron al Taller de Capacitación en delitos contra la administración pública realizado por el IDEHPUCP

Los días 27 y 28 de enero del presente año se llevó a cabo el quinto Taller de capacitación en delitos contra la administración pública. En esta oportunidad, dicho taller estuvo dirigido a fiscales, procuradores y abogados de la procuraduría del Distrito Judicial de Lima.

En primer lugar, queremos manifestar nuestro agradecimiento a la Presidenta de la Junta de Fiscales de Lima, Dra. Ana María Navarro Placencia y al Procurador Julio Arbizu, por el interés, apoyo y buena disposición mostrada que permitió que este evento sea llevado a cabo satisfactoriamente y sin obstáculos. Asimismo, es indispensable agradecer a los ponentes que nos acompañaron en la realización de este taller, ya que sin su alto nivel académico y compromiso mostrado, el evento no se hubiera desarrollado de modo exitoso.

Asistieron en total 62 funcionarios del sistema de administración de justicia. De este número 37 corresponden al Ministerio Público y 25 pertenecen a la Procuraduría. Los docentes pudieron entablar una relación dinámica e interactiva con los magistrados y funcionarios asistentes, lo cual promovió y propició la participación activa de varios asistentes, así como enriqueció el debate alrededor de diversos temas. Asimismo, en este quinto Taller se introdujo y expuso por primera vez el tema de la reparación civil derivada del delito, ante el cual la audiencia manifestó mucho interés.

Al finalizar el evento, los participantes fueron sometidos a una encuesta anónima con la finalidad de que evaluaran el desempeño del evento y la calidad de las ponencias. Dicha



Arriba. El profesor Iván Meini, docente de la PUCP y miembro del IDEHPUCP. **Abajo.** El profesor César Azabache, ex procurador y docente de la PUCP.

encuesta fue respondida por 33 personas.

En la primera pregunta se sometió a evaluación el contenido, organización y nivel académico de los docentes. Respecto del contenido, el 84.9% de los asistentes consideró que los contenidos del taller eran excelentes o muy buenos. Con relación a la organización, el 81.8% estimó que la misma había sido excelente o muy buena. Finalmente, en relación al nivel académico de los docentes, el 84.9% consideró que aquel fue muy bueno o bueno.

La segunda pregunta estaba orientada a indagar sobre el interés de los asistentes en participar de un segundo taller de capacitación que pudiera permitirles profundizar en algunos temas. En este sentido, el 100% de encuestados manifestó su predisposición en participar de un segundo taller. Cabe mencionar el interés que mostraron los participantes por continuar profundizando el tema de la re-



paración civil derivada del delito, así como en temas procesales relacionados con delitos de corrupción.

Finalmente, queremos hacer público nuestro agradecimiento a los docentes que nos acompañaron y a los fiscales, procuradores y funcionarios que asistieron y participaron de este taller, ya que con la colaboración de todos ellos, este evento pudo realizarse exitosamente.