



PRESENTACIÓN

El compromiso político en la lucha eficaz contra la corrupción

El recientemente electo Presidente de la República ha manifestado durante la campaña electoral, y después de ella, su interés en encabezar la lucha contra la corrupción.¹ El flamante Presidente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción Gonzalo García Núñez, también se ha dirigido al Presidente electo para pedirle que éste asuma dicho compromiso.² Estas manifestaciones, que pretenden involucrar a la Presidencia de la República en el liderazgo de las políticas anticorrupción, no deben entenderse sólo como meros deseos políticos o como una simple actitud ética –muy importante por cierto– frente a un problema complejo que afecta a la nación. El compromiso, a nuestro juicio, constituye un factor decisivo y fundamental para el impulso y eficacia de las políticas públicas que se implementen con el objetivo de superar seriamente la insostenible y extendida situación de corrupción en nuestro país. Efectivamente,

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

• El compromiso político en la lucha eficaz contra la corrupción..... **1**

COMENTARIOS ACADEMICOS

• El delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia de la Corte Suprema..... **2**

• El delito de colusión desleal en la jurisprudencia de la Corte Suprema..... **5**

NOTICIAS DESTACADAS..... **6**

las dos experiencias más exitosas de lucha contra la corrupción en el mundo contaron, como presupuesto esencial para su funcionamiento, con el liderazgo político del más alto nivel (Hong Kong y Singapur).

La Comisión Independiente contra la Corrupción (ICAC) de Hong Kong fue creada en 1973 como consecuencia de los altos y extendidos niveles de corrupción que se evidenciaron en su administración pública, especialmente en el sector policial.³

Un grupo de factores fueron decisivos para la reversión drástica de la situación de la corrupción hasta convertirla, en la década de los años ochenta, en una práctica ocasional. Entre estos factores, además de

la calidad y determinación de sus funcionarios encabezados por una persona intachable como Jack Cater o el excelente marco legal que le otorgó poderes y facilitó su trabajo, está la posición que ocupó dicha Comisión. Esta se ubicó en la oficina del Gobernador, la autoridad política más alta en Hong Kong en esos momentos y con la obligación de rendir cuentas al Parlamento y con una separación completa de la carrera administrativa ordinaria.⁴ Como señala Melanie Manion,⁵ uno de los presupuestos esenciales del éxito de la Comisión Independiente contra la Corrupción de Hong Kong fue el compromiso creíble de los líderes del gobierno.

Este compromiso se manifestó

¹ La República 11 de diciembre de 2010, La Primera 24 de junio de 2011.

² La República 5 de julio de 2011

³ El detonante de la creación de la Comisión fue el caso del Comisario policial Peter Godber uno de los funcionarios policiales más corruptos. Este funcionario empezó a ser investigado por la sección de anticorrupción de la propia Policía detectándosele varios millones de dólares como patrimonio no justificado. Cuando Godber fue notificado, éste huyó a Londres. La ICAC fue creada a efectos de contrarrestar el grave escándalo que aquello generó en la opinión pública. Ver al respecto KLITGAARD, Robert. Controlando la corrupción, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pp. 112 y ss.,

⁴ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Sourcebook. Capítulo 11. Agencias Anticorrupción, p. 162. Se añaden a estos factores las potestades preventivas y no sólo represivas asignadas a la Comisión (educación de la comunidad y políticas de concientización). Ver en: <http://www.transparenciamexicana.org.mx/documentos/Sourcebook/capitulo11.pdf>. Fecha de visita: 16 de julio de 2011

⁵ MANION, Melanie. "La experiencia de Hong Kong contra la corrupción. Algunas lecciones importantes", en: Nueva Sociedad N° 45, 1996, pp. 126- 137.

primero, según Manion, en el reconocimiento público por parte del Gobernador del carácter endémico y extendido de la corrupción. En segundo lugar, se expresó en el reconocimiento de la necesidad imprescindible de conseguir la confianza de la opinión pública, lo que suponía un cambio en las bases estructurales de la lucha contra la corrupción y, tercero, en la decisión del gobernador de crear una agencia anticorrupción de estatus especial y que, esencialmente, sólo informaba al Gobernador y al Parlamento.⁶

Otra experiencia destacada es la de la Oficina de Investigación de Prácticas Corruptas de Singapur. Gran parte del éxito de esta agencia anticorrupción se debe a la determinación de su antiguo Primer Ministro y Jefe de Gobierno, Lee Kuan Yew⁷. Al igual que en el caso anterior, Singapur padecía de una corrupción endémica y de una extensa desconfianza de la opinión pública en el control de este fenómeno. Si bien la Oficina fue creada en la década de los años cincuenta durante el periodo colonial, en la década de los años setenta, bajo la Jefatura de Lee Kuan Yew, la Oficina fue reestructurada completamente y se le revistió de poderes de investigación, recolección

de evidencia y acusación. De acuerdo con la legislación de Singapur, esta agencia fue ubicada en la Oficina del Primer Ministro. Según Klitgaard ésta es una muestra del alto nivel de compromiso por parte del liderazgo político. La actuación de esta Oficina ha logrado, según las estadísticas de Transparencia Internacional, revertir sustancialmente la situación de la corrupción y conseguir que ésta se ubique en niveles equivalentes a la de los países escandinavos.

Es importante señalar que, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. III. 9) como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 6), obligan a los estados parte a crear o fortalecer un órgano u órganos superiores independientes y con facultades para la prevención, investigación, detección, sanción y erradicación de la corrupción.

Al respecto, cabe señalar que no existe acuerdo entre los especialistas sobre el modelo de agencia u órgano de control de la corrupción que imponen las mencionadas convenciones internacionales. Éstas pueden oscilar entre el Modelo de Agencia Individual, a la cual se

adscriben las experiencias de Hong Kong o Singapur y que concentran, en una sola agencia, poderes importantes de prevención, detección, investigación y acusación de la corrupción; y el Modelo de Agencia Múltiple –al cual se adscribiría nuestro modelo– que se caracteriza por la dispersión de los órganos vinculados a la prevención, investigación y sanción de la corrupción⁸, los cuales distribuyen competencias de acuerdo a las funciones constitucionalmente asignadas: Contraloría General de la República, Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y Poder Judicial.

De cualquier manera, y al margen de la dilucidación sobre el modelo o sistema más adecuado para enfrentar la corrupción, lo importante que pretendemos resaltar en esta presentación es que las experiencias exitosas de erradicación de la corrupción, en contextos semejantes a los nuestros, han requerido un firme compromiso gubernamental en este tema y un órgano u órganos fuertes e independientes encargados de la detección, investigación y sanción de las prácticas de corrupción en todos los niveles del Estado, especialmente aquellos que se ubican en el vértice del poder.

6 Evidentemente la calidad e independencia del funcionario elegido, Jack Cater, era la garantía del ejercicio profesional de las funciones de la Comisión frente al riesgo de su utilización con fines de persecución política.

7 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Op. Cit., p. 162

8 Ver al respecto BLANCO, Darío. "Límites y posibilidades institucionales de la oficina anticorrupción y ética pública de Entre Ríos", Universidad Nacional de Rosario. Facultad de Ciencias Políticas, Junio 2008. Ver en: <http://www.entrerios.gov.ar/anticorrupcion/PDF/Tesina%20Final%20para%20la%20OAEF.pdf>. Fecha de visita: 16 de julio de 2011. También HEILBRUNN, John. "Comisiones anticorrupción. Una panacea o la verdadera medicina para combatir la corrupción", Instituto del Banco Mundial. Ver en: <http://translate.google.com.pe/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://siteresources.worldbank.org/WBI/Resources/wbi37234Heilbrunn.pdf>. Fecha de visita: 17 de julio de 2011.

COMENTARIOS ACADÉMICOS

El delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia de la Corte Suprema

El texto del precepto penal del artículo 401° del Código Penal, modificado con Ley N° 29703, sanciona el siguiente supuesto de hecho:

“El funcionario o servidor público que durante el ejercicio de sus funciones incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos (...) se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto

económico personal del funcionario o servidor público en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquiera otra causa lícita”.

A. Bien jurídico y delito especial

De acuerdo con la sentencia de la

Corte Suprema del 16 de mayo de 2003 recaída en el recurso de nulidad N° 09-2001, lo que se protege en este delito “(...) es el bien jurídico administración pública como objeto de tutela penal que significa: ejercicio de funciones y servicios públicos; observancia de los deberes del cargo (...) y desenvolvimiento normal del ejercicio (...)”. Dicho de otro modo, en sociedad existen ciertas personas, funcionarios o servidores públicos, que libre y voluntariamente asumen los derechos y deberes que supone situarse como intermediarios entre la prestación de un servicio público

y los beneficiarios de éste. De ahí que las labores y deberes que el Estado delega en estas personas se concentren en la administración eficiente de los servicios y recursos públicos orientados a la satisfacción de aquellas condiciones imprescindibles para desarrollarse en sociedad, llámese salud, seguridad, educación, entre otras.

En coherencia con lo anterior, la Corte Suprema mediante sentencia del 30 de diciembre de 2004, en el recurso de nulidad N° 2976-2004 (voto singular), ha reconocido que el delito de enriquecimiento ilícito es un *delito especial*.¹ Esto es, sólo puede ser cometido por determinadas personas obligadas especialmente respecto del bien jurídico protegido.² Esta característica (posición especial) no sólo fundamenta la tipicidad de la conducta, sino que puede constituir una agravante del propio delito (agravante por infringir deberes que se atribuyen a funcionarios que ocupan cargos de alta dirección en la administración pública).

B. Conducta típica: enriquecimiento y falta de justificación

El término “enriquecimiento” no sólo hace referencia al incremento patrimonial, sino que también puede entenderse como la disminución de pasivos, y así lo entiende nuestra Corte Suprema cuando expresa en la sentencia del 19 de octubre de 2006, recaída en el recurso de nulidad N° 847-2006, que el enriquecimiento puede expresarse en la “extinción o disminución de pasivos que integran el patrimonio”.

Del mismo modo, la sentencia de la Corte Suprema del 15 de abril de 2009 (expediente N° 589-2008) establece que el enriquecimiento ilícito se configura a través de los siguientes elementos: “(...)i) incremento en el patrimonio del encausado ii) existencia de un contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio ex post del sujeto público (...)iii) no se cumpla con el deber de justificación por parte

del agente del delito y iv) el agente actúa dolosamente”. De manera más sintética la Primera Sala Penal Transitoria en el recurso de nulidad del 05 de junio de 2002 recaída en el Exp.: N° 001665-2001 menciona: “dos son los elementos básicos de este delito, la constatación de un enriquecimiento real del funcionario o servidor público y la falta de justificación sobre el origen de dicho enriquecimiento”.

De otro lado, el legislador penal incorpora como indicio de enriquecimiento ilícito la divergencia patrimonial entre lo declarado y lo obtenido al finalizar el período de ejercicio de la función pública del agente. Divergencia que, en principio, por causas lícitas no pudiese justificar. Es preciso advertir que la cláusula en comentario constituye siempre un criterio de valoración judicial que incide sobre un elemento de prueba de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

C. La ilicitud del enriquecimiento

En este mismo sentido, el artículo 401° del Código Penal, modificado por la Ley N° 29703, sanciona el enriquecimiento “ilícito”, no así, necesariamente la fuente penal de aquella ilicitud. Por tanto, si el origen del enriquecimiento debe estar relacionado con el ejercicio del cargo público y éste puede abarcar funciones administrativas, tributarias, laborales, etc., lo lógico será entender el término “ilícito” como aquella conducta que contraviene una norma jurídica sea cual fuere su naturaleza, pero siempre vinculada al desempeño de la gestión pública. En otras palabras, y tal como lo expresa la Corte Suprema en la sentencia de fecha 16 de mayo de 2003 recaída en el recurso de nulidad N° 09-2001, el origen del ilícito enriquecimiento debe provenir de “actividades no ajustadas a derecho”. Así lo entiende, de igual modo, la Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004, recaída en el recurso de nulidad N° 2976-2004 (voto singular), cuando dice que el enriquecimiento ilícito se consume cuando se produce “a través de fuentes

delictivas no funcionales, de infracción diversa -incluso disciplinarias- o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico”.

D. Subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito

La perspectiva anterior sobre las fuentes de ilicitud del enriquecimiento se contradice abiertamente con la forma cómo la jurisprudencia concibe la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito. Según esta jurisprudencia, especialmente proveniente de las salas penales de la Corte Superior de Lima, el enriquecimiento ilícito es una situación de incremento patrimonial del funcionario cuya fuente sería sólo la realización de actos delictivos que no han podido acreditarse. Así se pronuncia la sentencia de la Tercera Sala Penal Especial del 16 de mayo de 2005 recaída en el Exp.: N° 024-2002:

“el Magistrado Víctor Prado Saldarriaga, considera que este delito se da ante las dificultades probatorias del origen de los signos de riqueza, aceptando que se trata de una figura subsidiaria residual, pues el enriquecimiento ilícito no debe provenir de otro delito personal como el Cohecho pasivo, el Peculado o la Concusión, aplicándose cuando no se verifica la comisión de otro delito contra la Administración Pública”.

También la sentencia emitida por la Sala Penal Especial “A” del 21 de junio de 2004 recaída en el Exp.: N° 27-2002-SPE-CSJ expresa:

“Que el carácter subsidiario y abstracto del tipo penal que se examina no afecta su legitimidad, dado: a) Que se reprocha una conducta que lesiona un bien colectivo (representado en un objeto) merecedor de protección penal; b) Se parte de la existencia de una relación funcional cuya infracción trae como consecuencia el enriquecimiento; c) Se responde al interés social de evitar la impunidad, frente a una conducta lesiva merecedora de pena, a la cual no es

¹ Sobre la especial cualidad en el sujeto activo del delito, Ejecutoria Suprema del 06 de diciembre de 2002 recaída en el Exp.: 3071-2001, sentencia citada por ROJAS VARGAS, Fidel, Código Penal, tercera edición II tomo, IDEMSA, Lima, 2009, pp. 634.

² MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro, La Autoría Mediata en el Derecho Penal, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, primera reimpresión, Colombia, 2004, pp. 327 y ss.

aplicable otros tipos penales”.

Si bien estos criterios pueden explicar las razones político-criminales para la criminalización del enriquecimiento ilícito de funcionarios o servidores públicos, tales criterios no pueden justificar ni la legitimidad constitucional del referido tipo penal ni tampoco pueden orientar la interpretación dogmática del mismo.

En nuestra consideración, quien se sitúa en la sociedad como aquél encargado de intermediar entre los servicios públicos y sus destinatarios, incorpora en su esfera de competencia (vía injerencia) mayores deberes de transparencia respecto de la acumulación de su riqueza, deberes que delimitan u acotan las posibilidades lícitas de su fuente de ingresos. Esto implica que no sólo los actos delictivos pueden fundamentar situaciones de enriquecimiento ilícito, sino todo acto no autorizado o ilegítimo de ingresos patrimoniales.

Bajo esta perspectiva, es posible entender también que la justificación del incremento patrimonial notorio no constituiría una inversión de la carga de la prueba, sino una distribución de la misma entre las partes procesales. En efecto, la prueba constitutiva de la conducta típica (enriquecerse ilícitamente) le corresponde al Ministerio Público (y eso se imputa acreditando el desbalance patrimonial respecto de sus fuentes lícitamente aceptables), mientras que los hechos extintivos y excluyentes le corresponde al imputado (justificar el incremento patrimonial notorio).

De esta manera resulta cuestionable plantear la tesis de la subsidiariedad cuando no se tiene dos eventos delictivos realmente comparables (caso del enriquecimiento ilícito en el que no se conoce con precisión los actos delictivos que dieron lugar al incremento patrimonial no justificado). En cambio un concurso aparente de leyes penales sí podría evidenciarse en concretos supuestos en los que se conozca el acto delictivo de donde

proviene la fuente del incremento patrimonial de un funcionario. Estos casos deberían ser solucionados bajo criterios de interpretación fundados en el principio de especialidad.

E. Límite temporal y funcional del delito

El tipo penal en comentario sanciona, como su propio nombre lo dice, el enriquecerse ilícitamente durante el ejercicio del cargo público asumido. Así lo ha reconocido el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Cortes Superiores de Justicia del 21 de julio de 2008 (Tema 2) que sostiene que “(...) el Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente en el periodo que tuvo dicha condición”. Este criterio igualmente se ha empleado en la sentencia del 11 de diciembre de 2003 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Exp. AV 20-2001) cuando en referencia a un caso concreto se sostiene que “realiza el tipo objetivo de enriquecimiento ilícito el procesado que, durante el periodo que ejerció el cargo de Ministro de Estado, incrementó considerablemente su patrimonio”.

Pero este límite no debe entenderse sólo como un dato cuantitativo de temporalidad, esto es, que el enriquecimiento se dé durante el período de gestión pública del agente, sino que es preciso advertir la perspectiva cualitativa del hecho típico, la cual nos indica que aquel enriquecimiento ilícito debe ser consecuencia del ejercicio de la función pública.³ Dicho de otra forma, es preciso que “exista una relación funcional del enriquecimiento con el cargo”, tal como lo ha señalado la Corte Suprema en la sentencia del 15 de abril de 2009 recaída en el recurso de nulidad N° 589-2008.⁴ En este mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema del 6 de diciembre de 2002 recaída en el expediente N°3071-2000, señala que no es posible imputar este delito “(...) al sujeto público que se enriquece al margen de la razón por el cargo”. Por

último, el Pleno Jurisdiccional del 21 de junio de 2008 se expresa en la misma línea. Para explicarlo con un ejemplo, puede que el servidor público dirija una banda de extorsionadores, incluso durante el ejercicio de su cargo público, pero que en absoluto haya recibido dinero o bienes por el ejercicio de sus funciones estatales.

A pesar de estos límites, resulta singular la sentencia de 16 de mayo de 2003 de la sala Suprema Penal Transitoria (recurso de nulidad N° 09-2001) según la cual “el enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público”. Esta sentencia parece considerar la posibilidad de enriquecimiento ilícito de una persona (extraneus) que ha dejado de ser funcionario público, pero que ha incrementado su patrimonio en razón del cargo anteriormente desempeñado.

F. Participación delictiva

Respecto de la participación criminal en el delito de enriquecimiento ilícito, es clara la tendencia jurisprudencial a favor de la tesis de la “unidad del título de imputación”,⁵ como lo expresa la Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004 recaída en el recurso de nulidad N° 2976-2004. Así, el cómplice (primario o secundario) o el inductor bien pueden responder por la realización de un delito especial propio, en tanto el aporte que se realiza a favor del injusto del autor responde a la infracción de aquel deber que compete a todos los ciudadanos, que no es otro que el de evitar realizar conductas que lesionen o pongan en peligro intereses que la norma penal protege. En cuanto a la determinación de la pena, es el autor quien merece mayor reproche penal, por ser la figura central⁶ del acontecer delictivo, además por la naturaleza de los deberes infringidos (administración

³ ÁLVAREZ, Jorge, *El delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Públicos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 25.

⁴ Aspecto cualitativo del delito en comentario que también puede apreciarse en la Ejecutoria Suprema del 6 de diciembre de 2002 recaída en el Exp.: N°3071-2001, sentencia citada por ROJAS VARGAS, Fidel, *Op Cit, Loc Cit*.

⁵ Entre otros, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, ARA editores, Lima, 2009, pp. 505-506.

pública).⁷

La Corte Suprema en la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2004, recaída en el recurso de nulidad N° 2270-2004, afirma que sólo cabe participación criminal (cómplices o instigadores) durante la etapa de preparación o ejecución del delito. Lo cual indica que, en principio, luego de la consumación no cabría la posibilidad de participar en el hecho ajeno. Sin embargo, de acuerdo con la misma jurisprudencia de la Corte Suprema

existe una posibilidad de participación luego de la consumación del delito, cuando, una vez realizado el tipo penal, exista una promesa anterior que fue parte del plan delictivo.

Si esto es así, es preciso determinar el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito. La jurisprudencia menciona que el delito en mención es uno comisivo y de resultado, esto es, se consume instantáneamente el enriquecimiento ilícito cuando el agente incrementa

su riqueza. De esta manera luego del incremento no habría lugar a la participación criminal salvo los casos señalados de promesa anterior. Esta tesis ha sido recogida para los delitos de enriquecimiento ilícito en la sentencia de 30 de diciembre de 2004 recaída en el recurso de nulidad N° 2976-2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (voto en minoría de los vocales San Martín Castro, Barrientos Peña y Lecaros Cornejo).

6 ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio de Hecho en Derecho Penal*, séptima edición, Cuello Contreras / Serrano Gonzáles de Murillo (traducción), Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 44.

7 Art. 46° CP peruano.

El delito de colusión desleal en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Las salas penales de la Corte Suprema de la República (la Corte) se han pronunciado, en varias ocasiones, sobre los elementos que definen el delito de colusión desleal. Esta jurisprudencia no siempre ha sido uniforme, y en varias ocasiones se ha manifestado contradictoria respecto de algunos temas, tal como veremos seguidamente.

Bien jurídico protegido

Se pueden mencionar tres posturas respecto del bien jurídico protegido en el delito de colusión: una primera que incluye al patrimonio estatal como objeto del bien jurídico protegido; una segunda, que elimina la referencia al patrimonio estatal y sólo se centra en los deberes que detentan los funcionarios públicos; y, una tercera, que combina patrimonio estatal y deberes funcionales.

Con relación a la primera postura, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la sentencia de 18 de octubre de 2005 recaída en el expediente N° 20-2003,¹ señaló que

el bien jurídico tutelado en este delito es “el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la administración pública”. En cuanto a la segunda tesis, la Corte Suprema, en el recurso de nulidad N° 2029-2005 de 24 de mayo de 2006² sostuvo que, en el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional de la administración pública. Finalmente, respecto de la tercera postura, la Corte, en el recurso de nulidad N° 079-2003, del 15 de febrero de 2005,³ manifestó que el objeto de protección en este delito lo constituye el patrimonio estatal pero, además, el deber del funcionario de velar por los intereses del Estado como el “contenido de reprochabilidad” del mismo.

Elementos típicos

La Corte Suprema ha reconocido dos elementos objetivos en el tipo penal

de colusión desleal: i) la concertación ilícita y ii) la defraudación del Estado o del patrimonio del Estado. Tal como se ha especificado con la reforma de la Ley N° 29703.

Con relación a la concertación ilícita, la Corte ha tenido dos maneras de entender esta conducta. Por un lado, la concertación ha sido entendida, de manera intensa, como una conducta engañosa para la administración estatal. Así, mediante sentencia de 26 de octubre de 2005 recaída en el recurso de nulidad N° 956-2005⁴ la Corte Suprema asocia a la concertación ilegal un elemento característico del delito de estafa: el engaño. Sin embargo, en otra línea jurisprudencial, la Corte niega que la concertación ilícita deba entenderse necesariamente de manera semejante al comportamiento engañoso. Efectivamente, en las sentencias de la Corte Suprema recaídas en los recursos de nulidad N° 1650-2005 y N° 3042-2004⁵ el comportamiento colusorio se entiende de manera menos intensa, esto es, sólo como un acuerdo clandestino o subrepticio.

Con relación al elemento “defraudación” o “fraude” al Estado, la

1 Véase BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción. Corrupción gubernamental. Tomo II. Palestra. Lima. 2006. pp. 625-650.*

2 Ver en: “<http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchSimple.jsp>”. Fecha de visita: 18 de julio de 2011.

3 Ver en: “<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=2532>”. Fecha de visita: 18 de julio de 2011.

4 Ver en MONTROYA VIVANCO, Yván Fidel. “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano”. En: *Actualidad Jurídica, revista de Gaceta Jurídica*, 2008, N° 171. p. 100.

5 Ver en PÉREZ ARROYO, Miguel. “La evolución de la jurisprudencia en el Perú (2001-2005).” Tomo II, Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, *Juris Consulti*, Editorial San Marcos, 2006, p. 1359.

Corte Suprema ha tenido tres sentidos interpretativos.

Por un lado, en los recursos de nulidad N° 740-2003 del 4 de junio de 2004,⁶ y N° 310-2003 del 5 de abril de 2004,⁷ se ha exigido la presencia de un perjuicio de carácter económico o patrimonial en la defraudación, de tal forma que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado.

En una segunda línea jurisprudencial, mayoritaria en los últimos años, la Corte Suprema adoptó la tesis según la cual basta el perjuicio potencial del

patrimonio estatal para consumar el delito de colusión. Es decir, resulta suficiente la puesta en peligro del patrimonio del Estado. Esto se evidencia en las sentencias del 20 de julio de 2005 (recursos de nulidad N° 350-2005),⁸ del 22 de julio de 2004 (recurso de nulidad N° 1480-2003),⁹ del 15 de febrero de 2005 (recurso de nulidad N° 079-2003),¹⁰ y en la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el expediente N° 20-2003 A.V del 18 de octubre de 2005.¹¹

Finalmente, en una tercera línea

jurisprudencial, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema se ha manifestado específicamente en el sentido de que el delito de colusión no exige un perjuicio efectivo ni potencial al patrimonio del Estado. Así, pueden citarse las sentencias del 17 de febrero de 2005 (expediente N° 1464-04) y del 15 de febrero de 2005 (expediente N° 79-2003), las mismas que refieren que en el delito de colusión el bien jurídico protegido es la idoneidad en el desempeño de la función pública y no la protección de la hacienda pública.

6 *Ibidem.* p. 1317

7 Ver en: "<http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchSimple.jsp>". Fecha de visita: 18 de julio de 2011

8 *Ibidem.*

9 AZABACHE CARACCILO, César. *Diálogo con la jurisprudencia. "Breves apuntes sobre el estado de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de colusión"*. Gaceta Jurídica, N° 125 – Año 14. Junio – 2009. Pág. 197.

10 Ver en: "<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=2532>". Fecha de visita: 18 de julio de 2011

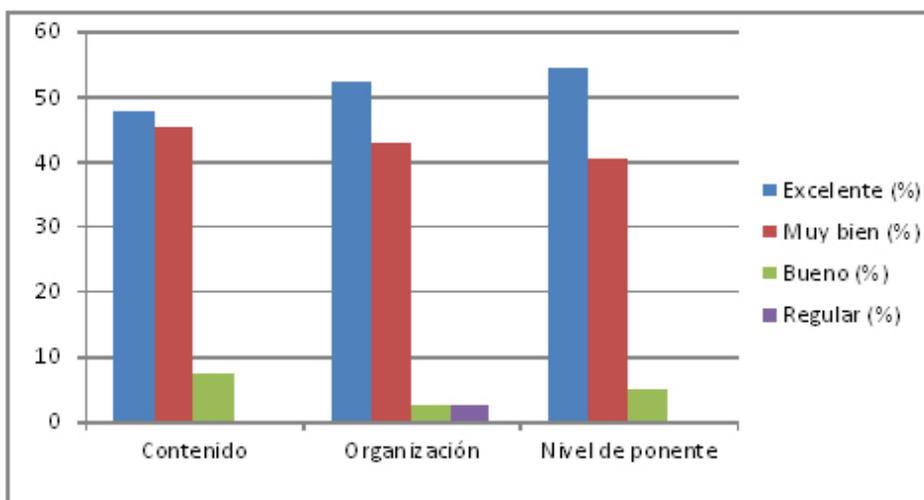
11 Véase BARANDIARAN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. *Op. Cit.* pp. 625-650

NOTICIAS DESTACADAS

Miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público de Junín fueron capacitados por el IDEHPUCP

Los días 24 y 25 de junio de este año se llevó a cabo, en Huancayo, el Taller de capacitación en delitos contra la administración pública dirigido a jueces, fiscales y funcionarios auxiliares del Distrito Judicial de Junín. Lo primero que debemos manifestar es nuestro agradecimiento tanto al Presidente de la Corte Superior del Distrito Judicial de Junín, Dr. Alcibíades Pimentel Zegarra, y a la Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del mismo Distrito Judicial, Dra. Janet Almeyda Escobar. El interés y apoyo de ambos permitió que el taller se desarrollara sin contratiempos ni obstáculos. Este contexto, sumado al compromiso y calidad de nuestros docentes determinaron, como veremos seguidamente, que el taller resultara bastante exitoso y fructífero para los participantes.

Asistieron en total 51 funcionarios del sistema de administración de justicia. De este número, 23 corresponden al Poder Judicial (entre jueces y funcionarios auxiliares)



y 28 corresponden al Ministerio Público (entre fiscales y funcionarios auxiliares). Resulta interesante destacar la relación interactiva que se estableció entre nuestros docentes y los magistrados y funcionarios auxiliares. Esto motivó reiteradas preguntas de parte de los participantes y la referencia constante a la jurisprudencia de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional.

Al final del evento se sometió a los participantes una encuesta anónima sobre el desempeño del evento y la calidad de las ponencias. Esta fue respondida por un total de 42 personas.

En la primera pregunta se sometió a calificación el contenido, organización y el nivel de los ponentes. Respecto del contenido, el 93% de los participantes

consideró que los contenidos del taller eran excelentes o muy buenos. Con relación a la organización, el 95% de la opinión de los funcionarios judiciales consideró que la misma había sido excelente o muy buena. Finalmente, con relación al nivel de los ponentes, el 95% consideró que los mismos tienen un nivel entre excelente o muy bueno.

Tanto la segunda como tercera pregunta trataron de indagar sobre el interés de los participantes en un segundo taller de profundización y consultarles, además, sobre los temas que considerarían que deben abordarse con mayor tiempo. Al respecto, todos los encuestados manifestaron su interés en un taller adicional y resaltaron la importancia de tratar con mayor extensión aspectos procesales relacionados con los delitos contra la administración pública y aspectos dogmático-especiales de tales delitos, además de otros que no fueron considerados en el taller.

Queremos finalmente agradecer a nuestros ponentes, los cuales gracias a su calidad, experiencia y compromiso se convirtieron en el factor clave del éxito del taller. Esperamos que los sucesivos eventos programados mantengan el nivel alcanzado en Huancayo.

Ponencia:
“Análisis crítico
de los principales tipos penales
que protegen el ejercicio
regular de la función pública”,
por el Dr. Yvan Montoya.



Ponencia: **“Obligaciones internacionales en materia de prevención y sanción de la corrupción: alcances y aplicación inmediata en el derecho interno”, por la Dra. Renata Bregaglio.**

