

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN **49**

AÑO: 5 - VOLUMEN 49 - NÚMERO 4 - MAYO 2015

ISSN 2410-5899

Mayo - 2015

PRESENTACIÓN ¿Y el superior jerárquico por qué no responde?

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL Sobre la sentencia de Segunda Instancia en el caso Aurelio Pastor

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL Comentario a la disposición superior N° 12-2015-MP-TFSP-DF-Cajamarca

NOTICIA

Proyecto anticorrupción capacitó a magistrados y procuradores de Cajamarca

PASÓ EN EL PERÚ



PROYECTO
ANTICORRUPCIÓN



idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN
ISSN 2410-5899

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PUCP
CALLE TOMÁS RAMSEY 925, MAGDALENA - LIMA, PERÚ

PUBLICACIÓN WEB

[HTTP://IDEHPUCP.PUCP.EDU.PE/ANTICORRUPCION/BOLETIN-INFORMATIVO-MENSUAL/](http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/boletin-informativo-mensual/)
MAYO 2015

EDICIÓN: ERICK GUIMARAY, YVANA NOVOA, JULIO RODRIGUEZ, DAVID TORRES

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN: HUGO ANDRÉ RIMARACHÍN

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

¿Y el superior jerárquico por qué no responde?

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Sobre la sentencia de Segunda Instancia en el caso Aurelio Pastor

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Comentario a la disposición superior n 12-2015-mp-tfsp-df-Cajamarca

NOTICIA

Proyecto anticorrupción capacitó a magistrados y procuradores de Cajamarca

PASÓ EN EL PERÚ



¿Y EL SUPERIOR JERÁRQUICO POR QUÉ NO RESPONDE?

Son muchos los casos en los cuales los funcionarios públicos cabeza de institución quedan excluidos de una investigación o sentencia penal amparándose en la estrategia de defensa según la cual el hecho delictivo se llevó a cabo sin que ellos pudiesen estar al tanto de los eventos y, principalmente, que el delito se realizó por los funcionarios competentes que justamente en razón del cargo ejercido es que pudieron abusar de su poder y beneficiarse privadamente de ello.

Y si a esto le sumamos la nula, escasa -o de difícil obtención- prueba que vincula a la cabeza de institución con el propio hecho delictivo, el resultado final casi siempre tiene un sabor a impunidad, respecto de las personas que se ubican en el escalafón más alto de la entidad pública involucrada en el delito.

Probablemente, el problema pase por una mala estrategia de nuestros operadores de investigación a la hora de abordar el problema. Los delitos de corrupción se caracterizan no solo por su alta idoneidad lesiva, sino además por las estrategias de impunidad que se tejen y sobre las cuales existen muy pocos elementos de prueba, respecto de los directamente involucrados, y con mayor razón respecto de los funcionarios más alejados (normativa y fácticamente). Nadie grava vídeos ni tiene los suficientes incentivos para acusar a los superiores jerárquicos, como en algunas oportunidades nuestra realidad delictiva nos lo ha mostrado.

Ante esta realidad, si seguimos empeñados en vincular al superior jerárquico con el delito cometido, los resultados serán muy poco alentadores, pues justamente esa es la relación que no se puede probar, no solo por una cuestión de dominio del hecho, sino incluso por una cuestión de infracción de deber, respecto de las concretas funciones del cabeza de institución.

La solución para imputar responsabilidad penal contra una persona que esté en la cúspide de una organización pública involucrada en un delito

de corrupción, no pasa por establecer vínculos con el hecho delictivo en sí mismo, sino por construir la imputación tomando en consideración los deberes de control, selección y vigilancia que obligan y dirigen el actuar del superior jerárquico.

Dicho de otro modo, un alcalde no responderá por la corrupta asignación de la buena pro, sino por permitir, a través de la omisión de sus deberes, que ello así haya sucedido. Parece ser que la salida está en la figura de la comisión por omisión.

Ahora bien, de este planteamiento no se puede predicar que estamos hablando del delito de “omisión de funciones”, delito que en estricto en nada se relaciona con un hecho de corrupción.

Aquí habrá de funcionar lo que se entiende por “causa adecuada”. Es decir, la única vinculación entre el superior jerárquico con el delito radica en que este omitió o llevó a cabo una conducta que permite la realización del delito: una conducta que objetivamente suponga un riesgo ex ante que permita la futura realización del delito que se trate.

En este planteamiento, el único dolo que habrá que probar será el relacionado con la inobservancia de los deberes competentes, no así con la realización del delito en cuestión. Pues si fuese de otra forma, volveríamos a los problemas de vincular al superior jerárquico con el delito cometido.

La atribución normativa de este planteamiento requiere el experto manejo de la normativa administrativa por parte de nuestros operadores de justicia, pues a partir de allí es que se construirá el riesgo prohibido que le interesa al Derecho penal.

Finalmente, no se trata ni de hacer doctrina ni de confundir más el panorama, la única intención que comparten nuestros operadores de justicia y nuestros académicos es la de discutir constantemente acerca de las figuras penales utilizables en la lucha contra la corrupción, siempre, desde luego, en el marco de un Estado constitucional de derecho.

Erick Guimaray



SOBRE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EN EL CASO AURELIO PASTOR



© Congreso de la República

POR DAVID TORRES PACHAS Y JULIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
ÁREAL PENAL DEL IDEHPUCP

El último 15 de mayo, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia condenatoria en contra de Aurelio Pastor Valdivieso por la comisión del delito de tráfico

de influencias (art. 400 CP)^[1]. Conforme a la sentencia, Pastor ofreció sus influencias a Corina de la Cruz Yupanqui (alcaldesa de

1 Disponible en: <<https://es.scribd.com/doc/265873746/Sentencia-Caso-Aurelio-Pastor-Sala-Penal-de-Apelaciones>>.

Tocache) para interceder ante los Miembros del Jurado Nacional de Elecciones con el objetivo de que no sea revocada del cargo. A cambio de dicha intercesión, Pastor Valdivieso habría solicitado el pago de sesenta mil nuevos soles.

De acuerdo a la defensa de Pastor Valdivieso, el comportamiento del condenado se enmarcaría en una relación abogado-cliente. Es decir, Pastor Valdivieso habría actuado conforme a una causa de justificación al desenvolverse dentro del ejercicio legítimo de la abogacía.

Frente a este argumento, la Primera Sala Penal de Apelaciones consideró que en realidad nos encontramos ante un acto antijurídico, toda vez que el comportamiento de Pastor Valdivieso no corresponde al ejercicio legítimo de la profesión de abogado. Para llegar a esta conclusión, el órgano jurisdiccional establece argumentos de índole ético (relacionados con el ejercicio profesional del abogado). A continuación, los fragmentos más importantes de esta sentencia en relación a este punto:

“27.3. (...) Conforme a la deontología del abogado, el patrocinio exige que la prestación de servicios legales se realice dentro del marco legal

permitido, y por lo tanto, el abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o el modo de resolver por parte de la autoridad. No debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, ni permitir que el cliente lo haga”

“30. (...) solo se limitó a invocar influencias, jactándose en hacer alardes de amistad y que conoce a funcionarios del JNE y del Ministerio Público habiéndose acreditado que el día 23 de agosto de 2012, Corina de la Cruz concurrió a su estudio y ambos fueron al JNE, conforme se acredita con el reporte de visitas del JNE de dicha fecha (...)”

“34. Los diálogos detallados sobre invocación de lazos de amistad, interceder en la demora de la notificación y celeridad en la emisión del dictamen fiscal, hacer prometer dinero a la interesada como servicios u honorarios, dan cuenta de un accionar que no se compatibiliza con el ejercicio regular de la abogacía, por el contrario desde la antijuridicidad formal (injusto formal) ha quebrantado



el contenido de las normas prohibitivas que constituyen un parámetro para deslindar cuándo estamos ante una causa de justificación (artículo 20.8 del Código Penal) o un hecho de contenido penal, como es el caso del tráfico de influencias(artículo 400 del Código Penal)“.

De esta manera, la Primera Sala de Apelaciones condena a Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito de tráfico de influencias, imponiéndole la pena privativa de libertad de 4 años. A continuación analizaremos brevemente dos puntos de la sentencia contra el ex Ministro de Justicia.

LA AFECTACIÓN A LOS PRINCIPIOS ÉTICOS QUE RIGEN EL EJERCICIO PROFESIONAL DEL ABOGADO

Tal y como lo habíamos señalado en un comentario jurisprudencial anterior^[2], el Código de Ética del abogado fija el marco de acciones y conductas socialmente aceptadas, toleradas y adecuadas que describen un correcto ejercicio de dicha profesión. Estas conductas

deben estar dirigidas y orientadas a cumplir la misión principal de todo abogado: la defensa jurídica de su cliente. Para cumplir con dicha misión, el abogado deberá volcar todos los conocimientos jurídicos adquiridos y la experiencia obtenida durante el desarrollo de su carrera, así como desplegar todas aquellas habilidades que le permitan defender a su cliente.

Las características, condiciones y el contenido de esta defensa deben ser informadas al cliente, así como la estrategia a adoptarse a lo largo del proceso y los derechos que tendrá durante el mismo. Todo ello deberá plantearse dentro del marco jurídico permitido y siguiendo cada una de sus reglas. Si bien es cierto que todo abogado buscará influir sobre la autoridad jurisdiccional, esta influencia debe basarse en argumentos jurídicos sólidos y razonables. Solo así estaremos ante un patrocinio debido y legítimo.

La sentencia en cuestión hace hincapié, en primer lugar, en cuestionar la existencia de la relación abogado-cliente entre Aurelio Pastor y Corina De la Cruz. A decir de la Sala Penal de Apelaciones, Aurelio Pastor no se desempeñó verdaderamente como un abogado defensor. Muy

2 Disponible en: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/AURELIO-PASTOR.pdf>>





por el contrario, se tiene que no se presentó en el proceso seguido contra Corina De la Cruz, no planteó ningún recurso y, según su propia declaración, no contaba con los expedientes del caso, salvo algunas anotaciones en un cuaderno³.

De otro lado, se critica la invocación de influencias y el ofrecimiento de interceder ante los funcionarios del Jurado Nacional de Elecciones como una práctica neutral de todo abogado. Este argumento fue esgrimido por la defensa de Pastor, ya que supuestamente se

3 *Ibíd.* pp. 27 y 28.

buscaba obtener la confianza del cliente (Corina de la Cruz) para que aceptara el patrocinio. Sin embargo, el Código de Ética del Abogado es claro al prohibir el uso de influencias para obtener un resultado favorable en procesos judiciales o administrativos⁴. Aun cuando las influencias pueden generarse a partir de la amistad o por el reconoci-

4 Según el artículo 57 del Código de Ética del Abogado: "Constituye grave afectación a la ética profesional que el abogado trate asuntos que patrocina con la autoridad que conoce de éstos, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley". Asimismo, el artículo 63 del referido código indica que "El abogado no debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Asimismo, el abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la autoridad apelando a vinculaciones políticas, familiares, de amistad, o de otro tipo que sean ajenas al patrocinio".

miento del ejercicio profesional, su uso está proscrito cuando detrás se encuentran fines que puedan alterar la correcta administración de justicia. Así pues, no se puede pretender un resultado enmarcado en Derecho cuando éste se vale de amiguismos o preferencias particulares.

Otro de los argumentos que se esbozan como recursos de la defensa menciona que Pastor habría actuado como un gestor de intereses, aun cuando hubiera faltado a las formalidades exigidas por la Ley N° 28024. La propia sentencia se encarga de desestimar tal afirmación, pues de su propio articulado queda claro que esta ley no sería aplicable ante decisiones jurisdiccionales. Fuera de dicho ámbito, la aplicación de esta ley genera un espacio de libertades en donde se manifestaría el riesgo permitido y por tanto la intercesión ante funcionarios no representaría ninguna puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente protegidos.

LA PENA DE INHABILITACIÓN DE EJERCER CARGOS PÚBLICOS

La pena de inhabilitación implica la suspensión de uno o más derechos diferentes al que comprometen

la pena privativa de libertad y la multa. Sobre este punto, el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 señala lo siguiente: “La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado”^[5]. Del mismo modo, el Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 define a la inhabilitación como la pena que se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos–; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades –públicas inclusive^[6].

La pena de inhabilitación no compromete la libertad ambulatoria ni el patrimonio, si no que se dirige en contra de derechos políticos, económicos, profesionales o civiles estrechamente ligados a la comisión del hecho delictivo.

Sobre este último punto, el antes citado Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 señala que la inhabilitación “debe estar vinculada al oficio o

5 Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008.

6 Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 emitido el 13 de noviembre de 2009.

cargo del que el sujeto se ha valido o podría valer en el futuro para cometer un delito". A partir de esta afirmación, vemos que existen dos supuestos desde de los cuales operan la inhabilitación:

1. Un sujeto abusa de posición y poder para lesionar un bien jurídico (Ejemplo: el funcionario público que comete un delito contra la administración pública).
2. Un sujeto, que no ostenta una posición o cargo de poder, lesiona un deber especial y/o requisito material propio de

una función. En otras palabras, aquí se inhabilita a un sujeto a acceder, en el futuro, a una posición de poder y/o a mantener una posición adquirida con posterioridad a la comisión del ilícito. Con un ejemplo: un sujeto "A" ayuda a su padre, funcionario público, a enriquecerse ilícitamente; después, "A" accede a la función pública; finalmente, y luego de un proceso penal, se condena a "A" por su participación en el delito de enriquecimiento ilícito, inhabilitándolo de mantener su cargo público y/o acceder a otro nuevo.



© Congreso de la República

En el caso de los delitos de corrupción el artículo 426° incluye un supuesto de inhabilitación. De esta manera, el Código Penal señala lo siguiente:

“Artículo 426.

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

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

A pesar de lo señalado por el artículo 426°, estamos ante una pena de carácter principal. Ello en la medida que, de acuerdo al Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116, las penas principales son aquellas previstas para el tipo penal específico (ubicados mayormente en la parte especial del Código Penal). De esta manera, la ubicación sistemática de la inhabilitación en casos de corrupción nos obliga a

reconocerla como penal principal.

Estamos frente a una técnica legislativa recurrente en el Código Penal, según la cual se dispone la pena de inhabilitación principal para toda una clase de delitos al final de un título de la parte especial. A esto se suma el uso de la palabra “además”, que denota el carácter obligatorio y directo de la pena. Lo que sucede es que el legislador penal ha confundido el concepto de pena accesoria con el de pena conjunta (acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza que deberán aplicarse conjuntamente). De esta manera, la pena del artículo 426° siempre es principal y conjunta, nunca accesoria.

En el caso particular, la naturaleza principal de la pena de inhabilitación contenida en el artículo 426° obliga al juez a imponer de modo directo dicha sanción penal. En este sentido, Aurelio Pastor debió de ser inhabilitado de acceder, en el futuro, a un cargo público. Ello en la medida de que el acto de corrupción cometido implica la transgresión de principios y valores que son necesarios para el ejercicio de la función pública.

COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN SUPERIOR N 12-2015-MP-TFSP-DF-CAJAMARCA CASO PENSIÓN 65 Y BANCO DE LA NACIÓN



© Andina.com.pe

POR YVANA NOVOA CURICH Y ERICK GUIMARAY MORI
ÁREA PENAL DEL IDEHPUCP

El 7 de mayo de 2015 la Tercera Fiscalía Superior Penal de Cajamarca emitió la Disposición Superior N° 12-2015-MP-TFSP-DF-CAJAMARCA en relación a la Consulta sobre contienda de competencia remitida por el Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de

Cajamarca, en la investigación penal seguida contra Emma Quiroz Medina y otros, por la presunta comisión del delito de peculado doloso por extensión en agravio del Estado peruano.

Los hechos que motivan la consulta sobre la contienda de competencia

se encuentran referidos a la supuesta apropiación de dinero proveniente del Programa Social Pensión 65. Dicho dinero fue distribuido entre cuentas del Banco de la Nación a nombre de cada beneficiario. No obstante, diversos funcionarios del banco se apropiaron del dinero cuando este se encontraba ya en las cuentas particulares y antes de que los beneficiarios pudieran cobrarlo.

El debate de la contienda de competencia gira en torno a si se trata de un delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso por extensión o si, por el contrario, nos encontramos ante un caso de hurto agravado.

Para la Tercera Fiscalía Superior Penal de Cajamarca, los hechos investigados deben ser subsumidos en el tipo penal del delito de hurto y no en el de de peculado. Por ello, declaró infundada la contienda de competencia y ordenó al Fiscal Provincial Coordinador de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca que se avoque al conocimiento de la investigación, de manera que el caso deje de ser visto por la Fiscalía Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cajamarca.

A continuación expondremos los

principales argumentos sobre los cuales se basa la decisión de la Tercera Fiscalía y, posteriormente, los analizaremos y comentaremos.

SOBRE LA NATURALEZA PRIVADA O PÚBLICA DE LOS FONDOS

“Otro de los argumentos que la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios expone, es que los fondos (dinero) han sido retirados (depositados, transferidos, etc.) por los agentes del delito cuando estos se encontraban en las cuentas bancarias de los particulares beneficiados con el antes mencionado programa de asistencia nacional, en consecuencia, no se estarían afectando las arcas del tesoro público, sino directamente los fondos de un particular. Es principalmente, con base a estos juicios que al final se colige que la calificación jurídica de los hechos recae sobre la descripción típica del delito de hurto, a la que tendríamos que sumar dos circunstancias agravantes, como son el concurso de dos o más personas y personas agraviadas de avanzada edad. () En conclusión entonces, el dinero para el momento de ser sustraído (si queremos utilizar este

verbo) tenía como ubicación las cuentas bancarias de particulares. Pero qué se puede deducir de este suceso. Por lógica –por ahora irrefutable– resulta que los representantes legales de los programas asistenciales, quienes efectivamente tuvieron la disponibilidad jurídica de los fondos, dieron la orden para que estos sean transferidos o depositados en las cuentas bancarias de los particulares que han sido beneficiarios de cada uno de los programas asistenciales, cumpliéndose así con el fin asistencial para el que los fondos o causales habían sido presupuestados por el Estado Peruano, instante en el cual dejan de ser de naturaleza pública y pasa a ser caudales de naturaleza privada, de libre disposición de la persona natural”.

SOBRE EL TÍTULO DE RECEPCIÓN DE LOS FONDOS POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS DEL BANCO

“() el agente a quien se le han confiado los caudales y efectos por razón de su cargo, debe haberlos recibido a título de percepción, administración o custodia, y que además, concurra en él un poder jurídico de disponer de ellos. ()

Empezaremos por preguntarnos si ¿acaso una vez que el dinero (o caudal) fue depositado o transferido en las cuentas bancarias de los particulares, que como hemos indicado tenían la peculiar relación jurídica con el Estado de ser beneficiarios de un programa asistencial, la finalidad – asistencial– para la que fue presupuestado ya se concretó? La respuesta es sin duda afirmativa pues el caudal ya está dentro de la esfera de disposición jurídica de los particulares y por tanto, su objeto, su finalidad asistencial ya se ha cumplido (). Por otro lado, tenemos que formularnos la siguiente pregunta ¿las personas que han logrado transferir, retirar, sustraer el dinero de las cuentas bancarias de los



particulares, detentaban sobre los caudales la disponibilidad jurídica de aquellos? Si así hubiese sido, o sea, si efectivamente los agentes hubiesen tenido la posibilidad de disponer jurídicamente de los caudales, no hubiese sido necesario que falsifiquen recibos de caja, que adulteren firmas, que suplanten huellas y que se valgan de otras artimañas para que los caudales salgan de la esfera de disposición de los particulares beneficiados con los programas asistenciales”.

SOBRE EL SUJETO PASIVO

“Otro aspecto que terminará por reforzar nuestra conclusión final sobre este delito, es lo relacionado al sujeto pasivo, a quien tratándose del delito de peculado, siempre tendremos que identificar como el Estado. Si recordamos, hemos llegado a concluir que el momento comisivo se ha producido cuando los caudales estaban en las cuentas bancarias de los particulares, siendo ellos por tanto, los directamente afectados, no el Estado, pues este último, una vez que dio la orden de transferir el dinero a las cuentas bancarias de los particulares

y a la vez beneficiarios de los programas asistenciales, perdió sobre los caudales el poder de disposición sobre ellos”.

COMENTARIO.-

Lo importante en este caso es analizar cada uno de los elementos y factores como un conjunto y no como compartimentos estancos. Solo así podremos abordar los aspectos más importantes sobre la calificación jurídica del hecho.

Pues bien, en relación al primer argumento de la Tercera Fiscalía referido a la naturaleza privada de los fondos apropiados, es necesario señalar que si bien el dinero de los beneficios se encontraba ya en las cuentas de los beneficiarios, dichas cuentas habían sido creadas en el Banco de la Nación, el cual es una

“empresa de derecho público, integrante del Sector Economía y Finanzas, que opera con autonomía económica, financiera y administrativa. El Banco tiene patrimonio propio y duración indeterminada. El Banco se rige por su Estatuto, por la Ley de la Actividad Empresarial del Estado y supletoriamente por la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras



y de Seguros. Es objeto del Banco administrar por delegación las subcuentas del Tesoro Público y proporcionar al Gobierno Central los servicios bancarios para la administración de los fondos públicos”.^[1]

Esto quiere decir que no se trata de una entidad financiera privada, sino que quienes trabajan dentro del Banco de la Nación pueden ser considerados funcionarios públicos ya que trabajan con fondos y caudales públicos o administrados por el Estado, respecto de los cuales tienen deberes. Es necesario resaltar, en este punto, que en Derecho Penal se maneja un concepto amplio de funcionario público. Dicho concepto se encuentra definido por el artículo 425° del Código Penal y, a su vez, se encuentra complementado y debe ser entendido a la luz de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (tratado del cual Perú es parte y hacia el cual se encuentra plenamente obligado). Los cajeros del Banco de la Nación trabajan para una empresa de

derecho público, adscrita al Sector Economía y Finanzas del Estado. Además, se encargan de trabajar con dinero perteneciente a las subcuentas del Tesoro Público y reciben un sueldo por parte del Estado. Todo esto nos lleva a concluir que se trata de funcionarios públicos. Cabe precisar que ni la modalidad, tiempo o jerarquía define el concepto de funcionario público a efectos penales, pero consideremos que del caso concreto, aquellas características permiten advertir con absoluta claridad que estamos ante personas que vinculan al estado con sus actos, y en tanto ello, pueden ser considerados autores de delito de corrupción de funcionarios.

El dinero destinado al pago de los beneficios asistenciales del Programa Pensión 65 es de carácter público y por este motivo fue depositado en cuentas de un banco que se rige por el derecho público. Si bien las cuentas se encontraban cada una a nombre de un beneficiario, mientras el beneficiario no extraiga el total del monto correspondiente a su beneficio, dicho dinero sigue estando bajo administración o protección de los funcionarios del banco. De hecho, una de las funciones tutelares del Banco de la Nación será la de

1 Portal web institucional del Banco de la Nación. <http://www.bn.com.pe/nosotros/giro-negocio-banco.asp>



© pension65.gob.pe

custodiar el dinero y permitir que los beneficiarios puedan hacer uso del mismo.

Por otro lado, los funcionarios del banco tienen disponibilidad jurídica sobre los caudales y fondos que se manejan dentro del Banco de la Nación. Recordemos que la administración implica una relación funcional entre el agente y el dinero. Según el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, “se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia el cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar

y cuidar los caudales o efectos”.^[2] Solo quienes trabajan en el Banco y, con mayor razón, quienes trabajan como cajeros, tienen el conocimiento especializado sobre cómo acceder a las cuentas, por ejemplo, o sobre qué trámites y documentos son necesarios para poder hacer retiros.

2 Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, consultado el 26/05/2015 a las 2.46pm. Disponible en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/03049b004bbf7ccf852cdd40a5645add/acuerdo_plenario_04-2005_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=03049b004bbf7ccf852cdd40a5645add

El hecho de que hayan tenido que recurrir a la comisión de otros delitos como la falsificación de documentos no enerva el hecho de que hayan podido cometer un delito contra la administración pública. Existen los concursos mediales por los cuales se comete un delito como medio para la comisión de otro delito que era el fin último del plan delictivo. De hecho, esto fue lo que ocurrió en el conocido caso del ex congresista Anaya Oropeza, conocido como “Come pollo”, quien fue condenado por la comisión del delito de peculado³¹ para lo cual, además, falsificó facturas y comprobantes de pago por el concepto de alimentación pagada con viáticos a efectos de que le reembolsen dinero por gastos que nunca realizó. Aquí, el sujeto activo realizó “artimañas” como la falsificación de documentos como medio para la comisión de su delito principal: el peculado o

apropiación de dinero por concepto de viáticos.

Con respecto al sujeto pasivo del delito, la Fiscalía confunde sujeto pasivo (titular del bien jurídico penalmente tutelado) con agraviado del hecho delictivo. La Tercera Fiscalía afirma que los sujetos pasivos son los individuos beneficiarios de los fondos depositados en las cuentas del banco y que por ese motivo, no podríamos encontrarnos ante un delito de peculado pues los delitos contra la administración pública tienen como sujeto pasivo al Estado y no a los particulares. Estamos de acuerdo en que el sujeto pasivo en los delitos de corrupción es el Estado, sin embargo, esto no implica olvidar o ignorar que todos los delitos de corrupción generan un impacto indirecto (y muchas veces directo) en los particulares. Los actos de corrupción siempre terminan perjudicando a los ciudadanos pues, por definición, la corrupción genera daños en la sociedad. No porque un delito de corrupción afecte en un caso concreto a un particular, este se convierte automáticamente en sujeto pasivo del delito.

A estos efectos, basta con poner como ejemplo el delito de colusión

3 Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaída en el Expediente N° AV.-08-2008, de fecha 11 de febrero de 2011. Consultado el 26/05/2015 a las 2.53pm. Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anti-corrupcion/jurisprudencia/exp008-2008_anaya.pdf

en el que se encuentra en juego la calidad de la prestación de servicios públicos y a la asignación eficiente de recursos por parte del Estado. Suele ocurrir que cuando un funcionario público se colude con una empresa privada y le otorga la buena pro sin pasar por un proceso de licitación que garantice que cuenta con las condiciones necesarias y requeridas para prestar un servicio de calidad, el servicio público termina siendo brindado con serias deficiencias. Esto, qué duda cabe, afecta directamente a los individuos a quienes el servicio público en específico iba dirigido y, por si fuera poco, los afecta nada más y nada menos que en el ejercicio y goce de sus derechos fundamentales (educación, salud, agua, etc.). El Tribunal Constitucional ha reconocido los efectos negativos de la corrupción al señalar que:

“tal como lo afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra LA Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997, “La corrupción socaba la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra

el desarrollo integral de los pueblos (.) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo dela región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio ()”.^[4]

De esta manera, es alarmante que la Fiscalía defienda una mirada tan cerrada de la realidad del fenómeno de la corrupción. La perspectiva mostrada por la Tercera Fiscalía se encuentra alejada no solo de aspectos básicos de la dogmática penal (diferenciar entre sujeto pasivo y agraviado), sino también de la gravedad de la corrupción de cara a su impacto extremadamente negativo en la sociedad y el desarrollo de esta.

En conclusión, consideramos que en el presente caso las investigaciones deben ser realizadas sobre la base de la posible comisión del delito de peculado doloso agravado y no por el delito de hurto.

4 STC exp.. N° 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio de 2005.

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN CAPACITÓ A MAGISTRADOS Y PROCURADORES DE CAJAMARCA



Los días 15 y 16 de mayo, el Proyecto Anticorrupción del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP llevó a cabo las sesiones presenciales del Curso de Especialización en Delitos contra la Administración Pública, dirigido a jueces, fiscales y procuradores del Distrito Judicial de Cajamarca. Dicho curso de especialización tuvo una primera etapa virtual que se desarrolló desde el 1 de abril hasta el 6 de mayo del presente año y los días 15 y 16 de mayo estuvieron dedicados a los talleres presenciales.

Las clases presenciales estuvieron diseñadas como talleres de resolución de casos prácticos en

los cuales los docentes hicieron un repaso de los temas estudiados en el curso y propiciaron el debate y discusión sobre la base de la solución de casos prácticos de corrupción.

Los docentes del curso de especialización fueron Erick Guimaray Mori, Gonzalo Del Río y Héctor Rojas, a quienes les agradecemos el apoyo y dedicación brindada para llevar a cabo con éxito este evento.

La participación de los alumnos y alumnas fue fundamental para alcanzar los objetivos y expectativas trazadas para esta edición del curso de especialización.

Los participantes fueron sometidos a una encuesta anónima en la cual evaluaron la organización del evento, el contenido académico del curso y el nivel de la plana docente. Así, con respecto al rubro organización, el 87% consideró que aquella fue muy buena o excelente. En relación al contenido académico de los temas del curso, el 90% evaluó como muy bueno o excelente el contenido. Finalmente, los alumnos y alumnas consideraron en un 95% que los docentes

tenían un nivel académico muy bueno o excelente.

Finalmente, la encuesta permitió que los alumnos realizaran algunos comentarios y sugerencias adicionales entre las cuales destacaron los pedidos de resolución de más casos prácticos y, en consecuencia, brindar más tiempo o días a la etapa presencial, así como el pedido de más cursos y capacitaciones continuas para magistrados y procuradores.



PASÓ EN EL PERÚ

1

1824: De acuerdo a lo identificado por Alfonso Quiroz, los caudillos militares que apoyaron la independencia abusaron de la expropiación, la corrupción y el crédito en nombre de la causa patriota para enfrentar el problema de no contar con recursos financieros. Así, Bolívar ordenó a sus propios oficiales que utilizaran este mecanismo. En este sentido, en mayo de 1824 el secretario de Estado John Quincy Adams denunció que en el Perú los “invasores que vinieron a proclamar la libertad y la independencia eran crueles, rapaces, carentes de principios e incapaces (...) sus malos manejos, su despilfarro y sus sed de saqueo pronto alinearon los afectos de los habitantes”. Además, Quincy señaló que el abuso de bienes privados y públicos por parte de los jefes militares (nacionales y extranjeros) era frecuente en el inicio de la república. (Quiroz 2013: 104-106)

2

1940: En el contexto de la Segunda Guerra Mundial, el Perú rompió relaciones con las potencias del Eje. Además, se tomaron medidas para sancionar económicamente y expulsar del Perú a los ciudadanos del Eje. Así, se congelaron los fondos japoneses y alemanes, el Banco Italiano fue suspendido y obligado a cambiar de nombre y se promulgaron leyes para anular operaciones comerciales y bancarias. Según el historiador Alfonso Quiroz, estas medidas estuvieron acompañadas de corrupción y de actos de violencia. Destaca en este escenario los actos de violencia contra propiedades japonesas ocurridas en mayo de 1940. (Quiroz 2013: 270-271)

3

2007: El 4 de mayo de 2007 la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó a los llamados “congresistas tráfugas” Roger Luis Cáceres Perez, Gregorio Ticona Gómez y Antonio Palomo Orefice como autores del delito de cohecho pasivo y receptación. Además, la Corte Suprema reformuló la reparación civil, fijándola en un millón de soles.



PROYECTO
ANTICORRUPCIÓN