



**idehpucp**

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Boletín N° 23

Marzo de 2013

# PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



# La lucha contra la corrupción llega a BANMAT

Uno de los aspectos más sonados del mes ha sido la emisión de la sentencia del 2do Juzgado Unipersonal que el pasado 22 de marzo, condenó al ex jefe del Banco de Materiales (BANMAT), Williams Luis Pabon Ruiz, en aquel entonces asistente administrativo de la sucursal de Lima Sur, por el delito de Tráfico de influencias y destrucción de documentos privados. Este es la primera sentencia relacionada a los casos de corrupción en BANMAT, que fuera objeto de numerosos cuestionamientos por una serie de irregularidades ocurridas durante el gobierno de Alan García y que a la fecha ha generado denuncias contra más de 50 ex funcionarios

de dicha institución. La denuncia fue interpuesta por los colegas de Williams Pabon, Florencio Lique Gonzáles, Víctor Hugo Narváez Soto y Pedro Paico Ruiz.

De acuerdo con la sentencia, el delito de tráfico de influencias se configuró por el ofrecimiento hecho por Williams Pabon Ruiz a los ingenieros y arquitectos asistentes técnicos registrados en BANMAT de agilizar, acelerar y viabilizar sus procesos a cambio del pago del 1% del valor del crédito aprobado en el caso de los ingenieros, y del 6% en el caso de los arquitectos. Si bien dichos asesores técnicos no formaban parte de BANMAT, sí debían brindar asesoría a los usuarios como

## PRESENTACIÓN

La lucha contra la corrupción llega a BANMAT (Pág. 1 - 2)

## ENTREVISTA

César San Martín: "Se ha fallado mucho en la formación de los jueces" (Pág. 4 - 9)

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Caso 00183-2011-4-1826-JR-PE-02 (Pág. 10 - 13)

## NOTICIA

Curso de especialización en delitos de corrupción de funcionarios en Junín (Pág. 14)

parte de los requisitos para obtener el crédito.

El juez titular de esta sala, Luzgardo Gonzáles Ramírez, sobre la base de las declaraciones de los testigos, consideró que en el caso de los ofrecimientos concretos a Victor Hugo Narváez Soto, Roberto Florencio



Lique Gonzales y Pedro Paico Ruiz, no se configuró el delito de tráfico de influencias, en tanto no se demostró de manera fehaciente que los asesores técnicos aceptaron el ofrecimiento y por lo tanto no era posible hablar de una “promesa” o de una acción de “hacer prometer”.

No obstante sí determinó, sobre la declaración del testigo Ramiro Diaz Mosquera, la existencia de dicha promesa. Si bien el testigo no entregó el dinero solicitado por Williams Pabón, sí aceptó la propuesta de este, configurándose la promesa y por tanto, el delito de tráfico de influencias.

En razón de ello, Williams Pabón fue condenado a 8 años de pena privativa de libertad, por el delito de tráfico de influencias (4 años) y destrucción de documentos privados (4 años).

A pesar de la disconformidad de la Procuraduría Anticorrupción con el monto fijado por reparación civil, la sentencia plantea un aporte que podría ser considerado importante a la lucha contra la corrupción.

Dicho aporte tiene que ver con la interpretación amplia del término “caso administrativo”, al que hace referencia el artículo 400 del Código Penal y que forma parte del supuesto de hecho del delito de tráfico de influencias. Así, en su sentencia, el Juez Gonzáles Ramírez ha señalado que no debe equipararse el término “caso administrativo” a un procedimiento administrativo contencioso seguido ante tribunales administrativos, como INDECOPI u OSINERMIN, sino a “todo procedimiento conocido por funcionarios o servidores de la administración pública”. Lo contrario, señala de manera acertada el juez, implicaría que el tráfico de influencias

solo puede cometerse ante dichas instancias. En ese sentido, concluye la sentencia, la solicitud y trámite de un préstamo bancario (ante una entidad bancaria del Estado) calificará necesariamente como caso administrativo, y por tanto cualquier promesa de acelerar dicho trámite deberá ser considerado tráfico de influencias. Esta interpretación amplia buscaría cerrar espacios a la impunidad en casos de corrupción funcional.

Si bien este no es el espacio oportuno para calificar la rigurosidad con la cual se han calificado penalmente los hechos delictivos, consideramos importante señalar que no encontramos fundamentos suficientes para explicar que la conducta delictiva en cuestión no haya sido calificada o analizada como un delito de cohecho pasivo.





## César San Martín: “Se ha fallado mucho en la formación de los jueces”

► Esta entrevista continúa del número anterior, el Boletín Anticorrupción 22

**E**n su respuesta anterior detalló el avance que implicó la creación del Cuerpo de Peritos Especializados y la celebración del Convenio Interinstitucional entre el Poder Judicial y el Ministerio Público. En esta línea de lucha contra la corrupción externa ¿Cuál fue la importancia de ampliar las facultades jurisdiccionales de la Sala Penal Nacional en materia de corrupción?

Uno de los ejes fundamentales en la lucha contra la corrupción fue justamente la ampliación de facultades de la Sala Penal Nacional en materia de delitos graves de corrupción. Estamos frente a una centralización del poder jurisdiccional en lógica de especialización. En esta medida hemos planteado la creación de una Corte Superior como la Audiencia Nacional en España que tenga jurisdicción nacional sobre hechos

complejos. Esto obedece al principio administrativo de eficiencia en la gestión que nos impulsa a combatir los grandes fenómenos delictivos desde dos líneas: especialización y centralización, a efectos de que el flujo recursos se concentren en este ente especializado.

En algún momento pensamos que la decisión de añadir competencias a la Sala Penal Nacional tenía como objetivo crear un sistema a través de los cuales los casos importantes quedarán libres de la injerencia de las Salas Superiores, muchas veces manipuladas por poderes económicos y otros.

Claro y más. Cuando descentralizas y los órganos descentralizados no son fuertes, se genera como consecuencia un problema de impunidad, ya que estos entes quedan invisibilizados. En cambio, si tu centralizas con mucho cuidado los temas más complejos los efectos son distintos. Sin embargo, esto se tiene que hacer con mucho cuida-

do, utilizando todo un lineamiento que en nuestro caso hemos trabajado a profundidad, al punto de que la corrupción ya está presente en el Nuevo Código Procesal Penal, y que hemos fortalecido y derivado recursos.

En este sentido, estamos frente a toda una política pública judicial, que, como ya vimos, requiere en primer lugar de inversión. La pregunta del ¿Cuánto cuesta lo que quiero hacer? ¿Es factible económicamente? Es la máxima más importante de la gestión, necesaria para toda política pública. En este sentido, no podemos olvidar que los límites económicos y presupuestales impiden a la Presidencia del Poder Judicial entregar dinero a las 31 cortes judiciales. Este contexto económico nos impele a salidas que, si bien no son las ideales, permiten palear los problemas y no mermar derechos fundamentales. En esta medida fue bueno que en la Corte Superior de Lima se cree un subsistema.

Luego, el intento de poner en vigencia el Código Procesal Penal en todo el Perú generó un problema con su gestión. Resalta que el problema estuvo en los datos previos de gestión, en tanto que no solo la justicia implica el juez y el caso judicial, sino también la gerencia de todo un sistema que exige generar despachos corporativos, sistemas audiovisuales adecuados, sistemas de transparencia, protocolos de desempeño, medición del desempeño, entre muchas cosas. Todo este paquete tiene que fluir y calzar razonablemente con el sistema, lo que se convirtió en un problema que exigió involucrarnos en él.

Así, estos obstáculos se sumaron a otro: los serios problemas de juzgamiento. Y es que el análisis de evidencia exige un tema de formación, la cual es clave para la materializar la teoría de la prueba. No podemos olvidar lo que representa en la prueba las leyes de la ciencia, de la lógica y las máximas de la costumbre. Esto nos impone la necesidad de que los jueces acudan a ciencias no jurídicas. Como ejemplo: la psicología en relación al testimonio personal, o la semiótica del lenguaje en relación a la interpretación de una prueba documental en su contexto. Sin embargo, esta relación necesaria exige conocimientos básicos previos sobre las pericias más cotidianas y relevantes.

**Usted ha subrayado un tema trascendental y del que estamos interesados en profundizar. Y es que el tema de la formación de cada juez es un serio problema si se toma en cuenta las dificultades probatorias que presentan los delitos de corrupción. En esta medida, ¿Qué papel juegan los jueces frente a los informes y las auditorías de Contraloría**

**en supuestos como los del enriquecimiento ilícito?**

En primer lugar se debe resaltar que estamos ante pericias de opinión. Hay dos clases de pericias: las de opinión y las científicas. Ellas se distinguen en que en las segundas (pericias científicas) no hay valoración. Así, cuando estamos frente a una prueba de ADN no hay valoración que intervenga en el resultado de la misma, o el ADN

## **“Estamos ahora ante un juez que hace audiencias y al que se le exige resolver casi inmediatamente”**

encontrado le pertenece al sujeto imputado o no. Entonces, si se tiene en cuenta que los informes de contralorías y las diversas auditorías son documentos valorativos o de opinión, será necesario que el juez cuenta con conocimiento sobre principios de contabilidad y otras técnicas que le permita hacer una lectura apropiada y críticas de los documentos.

**En la línea de estos conocimientos necesarios para la valoración e interpretación jurídica, y teniendo en cuenta la presencia de algunos magistrados que tienen sesgos hipergarantistas que pueden generar impunidad y grave daño a la sociedad, ¿Cómo articular y mejor la capacidad valorativa e interpretativa de los jueces?**

Este es un tema teórico relacionado con el tránsito del proceso escrito a la oralidad, toda vez que un cambio tan trascendental exige siempre la formación y capacitación del juez. Estamos ahora ante un juez que hace audiencias y al que se le exige resolver casi inmediatamente (hecho que implica un riesgo a la orali-

dad, en tanto que puede llevarnos a la superficialidad). En esta medida, se requiere tanto de capitaciones en litigación oral (materia que ha sido trabajada arduamente), como capitaciones que permitan al juez dirigir audiencias. No se puede olvidar que el principio de inmediación y el sistema de oralidad obliga al juez a estar siempre presente, ello por dos razones: en primer lugar, para garantizar la legalidad y la adecuación del interrogatorio, es decir, que no haya abusos; en segundo lugar, para que el juez pueda garantizar el debido esclarecimiento de los hechos, incluso preguntando a las partes y dirigiendo el interrogatorio. Este el verdadero fin del principio de mediación, en tanto que el juez interviene, dirige, corrige, subsana. Cuanto mayor sea las capacidades de los acusadores y acusados, el juez interviene menos, sin que ello implique su ausencia absoluta.

Esto tenemos que tenerlo en cuenta en la formación de los jueces, toda vez que, como ya hemos dicho, las disciplinas de la psicología del testimonio, de semiótica del lenguaje, y en general el conocimiento de los rudimentos más importantes de las principales pericias, permite al juez hacer una correcta valoración jurídica. ¿Cómo podemos hablar de máximas de la experiencia si el juez no tiene el dominio básico de estos conocimientos? Ahora bien, no estamos pidiendo que el juez sea como un perito, sino resaltamos la importancia de tener una base sólida que permita al órgano jurisdiccional realizar un enjuiciamiento razonable. En otras palabras, el juez deber saber de los principios de la ciencia que está detrás de los pericias más importantes, porque si no sabes, no puede preguntar y hacer una lectura crítica del dictamen pe-



ricial.

En conclusión, lo que se propone aquí implica pues cambiar la metodología de la enseñanza para el juez, en tanto que el juez debe tener, por un lado, la capacidad de dirigir audiencias, y, por otro lado, los conocimientos duros sobre las disciplinas que le hacen mérito.

En relación a delitos como el enriquecimiento ilícito o el lavado de activos, el juez debe saber de las bases fundamentales de los temas contables y de la lógica financiera. Lo contrario impide la aplicación del silogismo con las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia ¿Qué máxima se va incorporar si el juez no sabe las bases fundamentales? Estos temas son fundamentales.

Ahora, todo lo explicado antes se refiere a los problemas de la valo-

ración de la cuestión de hecho. Entonces, todo esto presupone el tema de la interpretación y la aplicación de la norma. Estamos hablando de las normas derecho material y de derecho procesal, frente a las cuales se le exige al juez un mayor conocimiento.

En este aspecto, uno debe tener en cuenta que la Constitución informa diariamente el Derecho penal y también el Derecho procesal penal. Entonces, tenemos que lo básico en el Derecho penal y procesal penal es que rige el principio de legalidad de modo fuerte, no débil, toda vez que se le prohíben al juez crear normas o imponer supuestos que signifiquen ir en contra el legislador. No podemos oliviar que el principio no crea la ley, sino que la ley es la que crea el principio.

Acá, las novedades académicas se alzapriman, cuando esto no debe-

ría ser así. Esto no significa negar que el conocimiento de la teoría sea necesario para una correcta aplicación e interpretación de las normas.

Sin embargo, ello debe ser en relación a los instrumentos de la ciencia jurídica que están modernamente más asentados. Hay una prevención que hizo Silva Sánchez y que yo creo importante recordar, en la medida que los tribunales deben tener mucho cuidado con aplicar y utilizar corrientes teóricas de moda que no están bien asentadas. Los jueces somos algo conservadores en eso, y este es un criterio que comparto, en tanto que la prudencia es fundamental.

No estoy diciendo que los jueces debamos ser conservadores natos y estar siempre cerrados a las corrientes dogmáticas que se van consolidando. Simplemente creo que, aunque pueda sonar indetermina-

do, hay que buscar los justos medios. Para ello es necesario tomar en cuenta la finalidad del sistema, esto es, tener en cuenta la orientación teleológica del derecho Penal.

## **“La ley no te resuelve el problema, el problema te lo resuelven los sistemas que se organizan para poder darle vigencia real a la norma”**

A pesar de ello, se ha fallado mucho en la formación de los jueces. De la mano de esta consecuencia esta también el nombramiento de jueces y el hecho de que la Academia de la Magistratura se esté convirtiendo en una suerte de postgrado. Si bien la Ley de la Carrera Judicial tiene pautas, no se puede olvidar lo que en algún momento señalado Hurtado Pozo en relación a que toda ley de organización y funciones es un programa de acción que requiere ser desarrollado. Aquí importa pues el tema de políticas y gestión, tema en el que estoy involucrado hace varios años. En otras palabras, ¿Cómo logras que determinada ley tenga viabilidad? La ley te fija criterios, pero también te da una serie de exigencias que debes crear con imaginación. La ley no te resuelve el problema, el problema te lo resuelven los sistemas que se organizan para poder darle vigencia real a la norma. La ley puede decir muchas cosas, pero no se aplica no existe. En esta medida hemos trabajado en medición de desempeño.

Asimismo, en relación al paro en la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal, se debe repensar la aplicación del mismo, de forma que se detecten los problemas que se están presentados. Es a partir de esto que

se podrá fijar un sistema adecuado monitoreo y gestión interoperativo. Y es que no me parece apropiado que se vaya ampliando la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal

sin antes hacer una revisión crítica del tema. Sin embargo, los tiempos no nos permitieron esta revisión crítica.

En este sentido, espero que ahora que se ha hecho

el paro se haga una introspección, detectando los problemas principales y las posibles soluciones a ellos. Pese a ello, me preocupa no ver ningún cambio, de forma que el paro, en vez de representar un paso hacia atrás para luego avanzar dos, signifique el detenimiento y el principio de la contrarreforma.

**Finalmente, desde una mirada más política, y desde una visión crítica de su gestión como Presidente del Poder Judicial ¿Qué obstáculos encontró al momento de**

**impulsar las medidas contra la corrupción? ¿Qué expectativa tiene usted sobre la continuación y profundización de los logros de su gestión en materia?**

Bueno, yo creo que uno de los grandes problemas que existe en el Poder Judicial es su sistema de gobierno en general, y, junto con ello, las lógicas de entendimiento de lo que es la Presidencia y sus órganos de gobierno. A esto se ata la idea pues de que se sigue considerando, a pesar de que he combatido ese criterio, que la presidencia es una dignidad entregada como corolario

de una larga actividad judicial. Esto es, una suerte de premio consuelo o el reconocimiento final de una carrera.

Esta idea es totalmente errónea, la Presidencia del Poder Judicial es un cargo político institucional. Y es que es político no desde una perspectiva de política partidaria, sino en términos de lo que es política judicial. En consecuencia, la mirada y la forma cómo debe de construirse la Presidencia es no sólo con mecanismos selectivos muy rigurosos y transparentes, sino también con tiempos de mandato que deben ser mucho más extensos y que permitan la exigencia de responsabilidades.

Todo esto porque en dos años no se hace gestión, ¿Cómo es posible que en el Ejecutivo la Presidencia dure 5 años mientras que en el Po-

## **“Cuando descentralizas y los órganos descentralizados no son fuertes, se genera como consecuencia un problema de impunidad”**

der Judicial sean tan sólo dos años? Y es que la gestión municipal dure cuatro años de gobierno; la Fiscalía, tres más dos; la Contraloría siete años; y en general casi todo los órganos de gestión duran mucho más que la Presidencia del Poder Judicial. Aquí está un tema importante, porque en dos años, mi experiencia y la de todas las partes del mundo lo dice, siempre hay la frustración por la falta de continuidad, especialmente en relación a las políticas de mediano y largo plazo. A esto contribuye este modelo de gobierno.

Por otro lado, para hacer políticas debes tener liderazgo interno y liderazgo externo. La construcción del liderazgo se da a partir de un trabajo previo, pero también a partir de de la eficacia y capacidad para poder crear, formular, generar, defender políticas judiciales específicas, programas, planes y acciones determinadas. Para ello es necesario a su vez contar con un equipo de trabajo: una buena gerencia, órganos de gobierno funcionales y un liderazgo fuerte.

Yo no creo en la lógica de gobiernos colegiados de ancha base, sino en un liderazgo fuerte con responsabilidades específicas, pero que no sea arbitrario ni autoritario. Estas ideas han quedado plasmadas en los proyectos de Ley que hemos dado. Yo soy de la idea incluso que el Presidente del Poder Judicial debe tener incluso un sistema de nombramiento, donde intervengan además los demás poderes públicos. En esta medida, el Presidente

del Poder Judicial debe ser el eje total que diseña el modelo del Poder Judicial. Además de ello, el Presidente del Poder Judicial no debe ser un primus inter pares, sino que debe tener un grado más alto, ello por una razón siempre de gobierno.

Sin perjuicio de lo antes dicho, lo que tiene mayor importancia es reconocer que las dificultades que uno encuentra tienen que ver primero con este modelo de gobierno, y, en segundo lugar, con una cultura (lo que la hace más difícil de cambiar) judicial que es muy reacia a los cambios y, finalmente, con una cultura política que siempre quiere tener al Poder Judicial limitado, minimizado y atado.

En relación a esto último, el poder político muestra su disconformidad y sus reparos cuando hay una Presidencia del Poder Judicial fuerte y una autónoma. Esto importa si se tiene en cuenta que nada se puede hacer sin normas, por un lado,

y sin presupuesto por otro lado. Lo que significa que también hay que cambiar la política de lo que significan los recursos de asignación, de forma que el Poder Judicial pueda contar con autonomía presupuestal y económica.

Entonces hay toda una lista de problemas que tiene que ver con la dependencia que tenemos para asignación de fondos, la rigidez presupuestal para el Poder Judicial y con las normas que están pensadas para el Poder Ejecutivo. Además de ello se genera enfrentamientos cotidianos con el Poder Ejecutivo.

Pero no sólo esto, sino que también se fomenta una cultura de la irresponsabilidad al interior de la justicia, en tanto que la excusa de toda gestión es que no se puede hacer cambios porque no hay presupuesto. No estoy hablando de autarquía, sino de autonomía, lo que implica también la fiscalización de la Con-





traloría General de la República.

En fin, yo creo que el tema también tiene que ver con nuestro sistema político y régimen político en general. Y es que no puedes pedir un Poder Judicial y gobernantes judiciales que estén por encima o más allá de la media de los gobernantes del Poder Ejecutivo y Legislativo. No se puede tratar de juzgar al Poder Judicial, en su lógica de desarrollo institucional, de modo diferente o más enfático que lo que se hace con los demás órganos del Estado. Creo que también aquí padecemos de cierta lógica de pensamiento binario y por eso que las críticas son muy grandes.

En este punto me interesa hablar sobre encuestas y es que me atreví a trabajar encuestas propias a través de las grandes encuestas mensuales que se hacen. Así, yo introducía, a cambio del pago respectivo, cinco preguntas específicas sobre el Poder Judicial. ¿Cuál fue el resultado? Que cuando se preguntaba a los en-

cuestados quienes han tenido juicios o un acercamiento a problemas judiciales, la respuesta afirmativa era de un porcentaje minoritario. A su vez, cuando de ese pequeño porcentaje se preguntaba si la justicia le parecía equitativa, justa, los resultados eran que siempre había un 45%, 55% que la criticaban y un 45% o 40% que no.

¿Qué quiero decir con ello? Que es diferente trabajar con un modelo global de encuestas que trabajar a través de problemas específicos y haciendo preguntas más concretas. En esta medida, los resultados de las encuestas mucho tienen que ver con las preguntas, esto es, el trabajo empírico sociológico de cómo hacer encuestas. Ahora bien, estas encuestas que realizado no están publicadas, sino que son para nuestro manejo interno, pensando, claro está, en alguna vez salir a la polémica.

Pese a ello no se puede negar que la valoración siempre es negativa, eso

está claro; pero son muy pocos países en los que no se encuentra esta característica. Ahora, tampoco voy a negar que en nuestro país es bastante más elevada que en otros. Lo que quiero resaltar es que si uno va analizando con mayor profundidad el tema y se concentra sobre todo en la población litigante, los cuadros y resultados son muy diferentes.

**Parece entonces que la mala percepción es justamente percepción en buena dosis**

Sí, pero es percepción a partir de la lógica de influencia de más-media y luego de contagio por información generalizadora. Pero cuando tú ya le preguntas al directamente interesado, las cosas empiezan a cambiar. Yo he visto eso y lo he notado en las encuestas. Esto ya es un trabajo empírico consolidado. Sin embargo, como ya dije, con esto no quiero decir que no hay muchas cosas malas, sino simplemente que hay que estar atentos a las grandes tendencias.



# Caso 00183-2011-4-1826-JR-PE-02

Por **JULIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**  
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP



© uni.edu.pe

El 8 de febrero de 2013 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima confirmó la sentencia del 22 de noviembre de 2012 que condenaba al acusado como autor del delito de Negociación Incompatible. Los hechos sobre los que versan el presente caso son los siguientes:

En su calidad de Jefe de la **Oficina de Planeamiento y Presupuesto del Instituto Nacional de Investigación y Capacitación de Telecomunicaciones (INICTEL) de la Universidad Nacional de Ingeniería** y miembro del Comité de Selección de personal para el año 2009, participó en la renovación del contrato de servicios no personales (SNP) de su yerno,

Eduardo Li Astengo. Esta conducta fue calificada por el órgano jurisdiccional de primera instancia como un supuesto de negociación incompatible, condenando al acusado como autor de dicho delito. Frente a ello, el sentenciado apeló la sentencia de primera instancia, fundamentando su impugnación en la ausencia de infracción de deberes funcionariales (ello en tanto el artículo 2° de la Ley de Nepotismo excluye de dichos actos las renovaciones de contratos de servicios no personales).

La Sala Penal de Apelaciones, a partir de presente caso, abordó una serie de temas importantes en la teo-

ría del derecho penal, en general, y de los delitos de corrupción en específico. En adelante los extractos más relevantes de la sentencia

## - La estructura del delito de negociación incompatible

*“El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la Administración Pública (...). En rigor se trata de preservar los deberes funcionariales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud,*

objetividad, etc) en la actuación funcional (...)"

*“solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnen las características de la relación funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación y operación pública”.*

*“interesarse indebidamente conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de un funcionario público, quien muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración. El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquier etapa del iter contractual del proceso de convocatoria, contratación, licitación, adjudicación, etc. esto es en las etapas previas, durante la celebración del contrato e incluso en su ejecución.*

*“el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción del resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación Pública. No cabe tentativa”.*

## **- La negociación incompatible como delito especial propio**

*“Es un delito especial propio y de infracción del deber, esto último se sustenta en que los roles funcionales se encuentran previstos no al interior del Código Penal o Ley penal especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas, y su concepto penal de deberes o funciones se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas, ya que tiene la finalidad de delimitar los parámetros de las funciones públicas y administrativas (...)”*

### **COMENTARIO JURISPRUDENCIAL**

#### **1. La estructura del delito de negociación incompatible**

La sentencia en comentario analiza detalladamente la estructura del delito de negociación incompatible. De esta forma, la Sala Penal de Apelaciones nos brinda una herramienta jurisprudencial que trasciende el caso en particular, y nos permite entender mejor este ilícito penal. En esta medida, se analizará el bien jurídico protegido, el tipo objetivo y la consumación del delito de negociación incompatible.

Para entender el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible debe tenerse en cuenta que en el momento que un sujeto es incorporado a la función pública asume libremente no sólo potestades, sino también obligaciones que delimitan claramente el marco de su actuación<sup>1</sup>. La razón de ello radica en que el sujeto interviene en el

funcionamiento de la administración pública, dependiendo de él la corrección de los servicios públicos en favor de los ciudadanos<sup>2</sup>.

Tomando esto en cuenta, la negociación incompatible lesiona, en primer lugar, el bien jurídico sombrilla de todos los delitos de corrupción: el correcto funcionamiento de la administración pública. Éste bien jurídico contiene una serie de principios que garantizan, en su conjunto, el mantenimiento del buen funcionamiento de la administración pública. Estos principios constituyen muchas veces el objeto de protección del bien jurídico (o bien jurídico específico) de cada delito de corrupción. En lo que a nosotros nos interesa, la negociación incompatible tiene como objeto del bien jurídico la preservación del principio de probidad -la obligación del funcionario de actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo interés particular-. Como hemos visto, esta idea ha sido acogida en gran parte por la Sala Penal de Apelaciones.

Por otro lado, el tipo objetivo de la negociación incompatible presenta los siguientes elementos: interesarse; el carácter indebido; contratos u operación; y la competencia funcional específica.

Sobre el acto de interesarse, cabe destacar que marca la diferencia con el delito de colusión, en tanto que no exige la intervención de dos o más personas, sino que requiere de un acto unilateral. En esta medida, el interesarse consiste en el

<sup>1</sup> Cfr. MEINI, Iván. Delitos contra la Administración Pública. Ciudad de Guatemala: USAID, 2008. p. 7

<sup>2</sup> Cfr. OLAIZOLA FUENTES, Inés. Concepto de funcionario público a efectos penales. En: ASUA BATARRITA, Adela (Edit). Delitos contra la Administración Pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997. p. 77.



acto unilateral a través del cual el funcionario público cualificado interviene en la decisión o actuación de la administración pública no sólo como representante del Estado, sino también en favor de un interés privado.<sup>3</sup> Ahora bien, el tipo penal contiene tres formas de negociación incompatible: **i)** interesarse de manera directa, el funcionario público cualificado interviene en forma personal y directa en el contrato u operación; **ii)** interesarse de manera indirecta, el funcionario público cualificado interviene a través de otra persona (posiblemente otro funcionario público) en el contrato u operación; **iii)** interesarse mediante actos simulados, el funcionario público cualificado se vale de actos ficticios a través de los cuales oculta el interés privado que representa (ejemplo: empresas inexistentes, empresas cuya titularidad aparente es de un tercero ajeno pero que en la realidad son propiedad del funcionario, etc.)

Luego, el tipo penal hace referencia al carácter indebido del interés. En este sentido, la Sala Penal de Apelaciones acierta al momento de decir que lo indebido no yace simplemente en el texto de una norma,

sino que esta relacionado con la defraudación o infracción de deberes (en específico el deber de probidad). En este sentido, no estamos ante una defraudación económica, sino ante la violación del deber de probidad que le impone al funcionario público la obligación de no utilizar su función para satisfacer un interés privado.

En tercer lugar, el tipo penal hace referencia a cualquier contrato u operación. Con ello el legislador exige que los actos deberán estar enmarcados en dos tipos de situaciones: **i)** procesos a través de los cuales la administración pública interviene como parte contractual frente a un tercero (contrato); **ii)** actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados (operación)<sup>4</sup>. Es importante destacar que la sentencia en comentario ha señalado que no importa la etapa en que se encuentra el contrato o la operación, de forma que el delito de negociación incompatible podrá producirse en cualquier momento dentro de un proceso de contratación u operación.

El último elemento de la negociación incompatible exige la competencia funcional específica del servidor público; esto es, que el funcionario público, en razón de su función o cargo, tenga la disponibilidad jurídica de vincular al Estado a través de un contrato u operación. No cualquier funcionario público podrá ser autor del delito, sino que sólo aquel que ha sido legítimamente elegido o designado para intervenir en el contrato u operación.

Por último, la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones afirma acertadamente que este delito no exige un resultado como la realización efectiva del contrato o el perjuicio económico contable en contra del Estado. En otras palabras, estamos ante un delito de mera actividad y no frente a un delito de resultado

## 2. La negociación incompatible como delito especial propio

La sentencia en comentario señala que la negociación incompatible es un delito especial propio y de infracción de deber. Sin embargo como expondremos más adelante, esta doble afirmación es contradictoria.

En primer lugar, hay que recordar que la clasificación en delitos especiales impropios y propios responde a la siguiente lógica:

**a) Delitos especiales propios:** caracterizados por el hecho de que la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, lo que nos llevaría a decir que no existe tipo penal común similar<sup>5</sup>.

**b) Delitos especiales impropios:** caracterizados por el hecho de que la cualidad especial solamente equivale a un elemento adicional que agrava (y a veces atenúa) el injusto ya existente en un delito común, de manera que si el sujeto no tiene la cualidad responderá inmediatamente por el delito común<sup>6</sup>. En esta medida, el delito no tendría forma propia, sino que sería dependiente de un delito principal.

Por otro lado, reconocer al tráfico de influencias como un delito de infracción de deber significa asumir que la lesión de los deberes especiales es el núcleo del delito.

3 Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003. pp. 509-510

4 Cfr. Ejecutoria Suprema de 4 de julio de 2007 en el R.N N°313-2007, Lima. Citado por: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2011. p. 560.

5 Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Ob. Cit. p. 47.

6 Cfr. Ídem. p. 48.

Desde nuestra perspectiva, la infracción de deberes es un criterio secundario al dominio que tiene el funcionario público sobre la vulnerabilidad del bien jurídico -correcto funcionamiento de la administración pública<sup>7</sup>. Sea como fuere, lo importante es que tanto los deberes especiales como el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico nacen de la función que el sujeto cumple en un cuerpo administrativo o en la sociedad<sup>8</sup>. En el caso de los delitos contra la administración pública, la intervención del funcionario público es la que permite la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, toda vez que éste último se encuentra fuera de la influencia de otros sujetos.

Si se comparte lo antes dicho, es coherente afirmar que la calidad de funcionario público no agrava o atenúa la pena del autor, sino que la fundamenta<sup>9</sup>. Por lo tanto, los delitos de infracción de deber “impropios” no son simples tipos cualificados de los correspondientes delitos comunes, sino que son delitos con sustantividad propia<sup>10</sup>.

Finalmente, creemos oportuno resaltar que la sentencia en comentario ha utilizado una concepción de la infracción de deber como funda-

7 Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá: 2004, No 75, Volumen 25. pp. 13 – 25.

8 Cfr. GRACIA MARTIN, Luis. El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I. *Teoría General*. Zaragoza: Prensas universitarias, 1985. p. 364 y ss; RUEDA MARTIN, María Ángeles. *Delitos especiales de Dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Granada: Comares, 2010. p. 23.

9 Cfr. GOMEZ MARTIN, Víctor. *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F Ltda, 2006. p. 181.

10 Cf. RUEDA MARTIN. María Ángeles. *Ob. Cit.* p. 76.

mento del injusto. Esto se hace evidente en tres momentos: i) cuando la Sala Penal de Apelaciones habla de deberes positivos de incumbencia institucional”, ii) cuando la Sala Penal de Apelaciones basa su fundamentación en la existencia de un “rol funcional” a partir del cual se generan los deberes especiales antes mencionados; iii) cuando la Sala Penal de Apelaciones limita la discusión en torno a la responsabilidad penal del acusado a la existencia o no de infracción de deberes.

¿Cuál es la base de esta teoría adoptada por la Sala Penal de Apelaciones? En líneas generales, esta teoría expone lo siguiente: para el desarrollo normal de una sociedad avanzada con relaciona anónimas, se requiere que las personas solo respondan de acuerdo a una posición social normativiza (rol)<sup>11</sup>; entonces, el centro de la imputación objetiva ya no son los sujetos simplemente, sino los portadores de roles, en tanto que sobre ellos descansa una expectativa normativa por un ámbito de competencia específico; estos roles llenan de contenido a los deberes de cada ciudadano.

En conclusión, la infracción de deberes se transforma en el fundamento del injusto (Ejemplo: el taxista que, transportando delinquentes, se limita a cumplir su rol, no tendrá responsabilidad jurídica penal en tanto no ha lesionado un deber). En el caso de los delitos contra la administración pública ¿Qué deberes requieren ser lesionados por el funcionario público? El funcionario tiene un deber positivo de cuidado y fomento respecto de los bienes jurídicos que son de su competencia, un deber especial que nace de su cargo como funcionario

11 Cfr. JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997. p.22.

público<sup>12</sup>, de forma que si infringe esto deberes responderá penalmente.

Si bien consideramos que una de las característica de todo delito especial es la infracción de deberes especiales asumidos previamente (al momento que el sujeto accede a la función pública), no compartimos la reducción de la responsabilidad penal a la sola infracción de una norma o un deber. En tal sentido, esta teoría castiga la sola infracción de deberes, y no toma en cuenta la afectación material de los bienes jurídicos (daño social)<sup>13</sup>. Debemos recordar entonces que en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho la sanción penal responde a la protección de bienes jurídicos, de forma que no cabe la existencia de delitos de mera infracción de deber<sup>14</sup>.

12 Cfr. SANCHEZ VERA, Javier. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal colombiano*. En: MONTEAGLEGRE LYNETT, Eduardo (Cord). *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 470.

13 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. *La teoría de los delitos de infracción de deber*. En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; Tomo 19, enero 2011, p. 73. En este mismo sentido: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2011. pp. 16-17.

14 Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito*. Barcelona: Indret, 2011. p. 16. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf> Consulta: 22 de febrero de 2013.

## Curso de especialización en delitos de corrupción de funcionarios en Junín



**E**l Primer curso de especialización en delitos de corrupción de funcionarios llegará al Distrito Judicial de Junín

Como ya había sido anunciado en una edición anterior de nuestro Boletín Anticorrupción, este año el Proyecto Anticorrupción desarrollará un curso de especialización en delitos de corrupción de funcionarios. El primer curso de especialización iniciará en la primera semana del mes de junio y estará dirigido a magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial del Distrito Judicial de Junín.

El curso de especialización será semipresencial, es decir, en la primera semana de junio iniciará la parte virtual de curso, la cual durará seis (6) semanas. Durante cada semana, los funcionarios participantes deberán dedicar cerca de 10 horas semanales al estudio de los contenidos del curso. Al final de

las seis semanas, el Proyecto Anticorrupción llevará a la ciudad de Huancayo un taller presencial de casos que se desarrollará un día viernes y un día sábado. La finalidad de esta parte presencial del curso es aplicar los conocimientos adquiridos durante la etapa virtual a los casos que se planteen durante las sesiones presenciales del taller.

En la etapa presencial del curso los participantes recibirán un ejemplar del manual de capacitación en delitos contra la administración pública que el Proyecto Anticorrupción se encuentra elaborando. La finalidad de dicho manual es brindar a los magistrados una herramienta útil y didáctica de conocimientos que les permita a aquellos dar solución a los aspectos más problemáticos relacionados con los delitos contra la administración pública.

Los temas y problemas abordados en dicho manual han sido selec-

cionados sobre la base de las inquietudes y problemas que el Proyecto Anticorrupción ha detectado que surgen en la práctica al momento del procesamiento de casos de corrupción.

Los especialistas que dirigirán las sesiones presenciales de resolución de casos prácticos serán el Dr. Yvan Montoya Vivanco, el Dr. Vladimir Padilla Alegre y la Dra. Violeta Santín Alfageme. Asimismo, las indicaciones para la inscripción en este curso virtual serán indicadas en una siguiente edición de este Boletín.

Finalmente, cabe señalar que el curso de especialización en delitos de corrupción de funcionarios será realizado también para los distritos judiciales de La Libertad, Cusco, Arequipa y Lima, a lo largo del presente año.