

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 – asistencia- 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.

