



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Boletín N° 26

Junio de 2013

# PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



## PRESENTACIÓN

## CONTENIDO

# El control democrático del Poder Judicial en los procesos por corrupción

Por **YVAN MONTOYA**

Coordinador del Proyecto  
Anticorrupción del IDEHPUCP

## PRESENTACIÓN

El control democrático del Poder Judicial en los procesos por corrupción (pág. 2 - 3)

## COMENTARIO

La imagen presidencial en Perú luego del caso Toledo (pág. 4 - 5)

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Juicio constitucional  
Congresista José Anaya Oropeza  
(pág. 6 - 11)

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Roberto Torres Gonzáles  
Alcalde de Chiclayo (pág. 12 - 17)

La posibilidad de que la sociedad civil pueda hacer un seguimiento académico y objetivo de la actuación del PJ ha sido pretendido ser bloqueada por el TC mediante sentencia que declara improcedente una acción de habeas data que interpusimos contra la oficina de administración distrital de la Corte Superior de Lima con el propósito de acceder a resoluciones judiciales contenidas en un proceso penal por el delito de colusión seguido contra varios funcionarios públicos (Caso COFOPRI).

Señala el jurista italiano Luigi Ferrajoli que la legitimidad democrática del Poder Judicial y por extensión de todo el sistema de justicia no radica, al menos en nuestro modelo de Estado Constitucional de Derecho, en una legitimidad basa en el juego de mayorías, sino que se trata de una legitimidad de ejercicio<sup>1</sup>. Esto implica que la legitimidad de los órganos del sistema de justicia radica en el ejercicio de las potestades que les corresponde a cada uno de ellos. En el caso especí-

fico del Poder Judicial, su legitimidad radica en el ejercicio cotidiano (caso por caso) de la potestad jurisdiccional.

Pues bien, siguiendo al propio Ferrajoli, lo anterior implica que el fundamento de la legitimidad de cada juez o fiscal en el ejercicio de sus funciones se asienta en el principio de aproximación a la verdad en juicio. En efecto, las normas sustanciales y procesales constituyen un sistema de garantías de verdad

para la protección de los derechos fundamentales tanto de los imputados como de las víctimas en juicio, aunque en este último caso se trate de víctimas difusas y el Estado, a través de la Fiscalía o la Procuraduría Pública, ejerzan la representación en juicio. En consecuencia, el respeto a tales garantías, principios o potestades que corresponden a todas las partes en el proceso concreto es lo que legitima la actuación del Poder Judicial. Nos adherimos en consecuencia a Ferrajoli cuando



afirma que la principal garantía del control sobre el funcionamiento de la justicia, más allá de la responsabilidad penal, administrativa o civil, es la que se ha denominado “responsabilidad social” que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública<sup>2</sup>.

De lo mencionado hasta aquí, es fácil deducir la peculiar importancia del estudio y el seguimiento especializado, por parte de la sociedad civil, de la actuación de los órganos de impartición de justicia. Y si esta actuación judicial se la vincula con el procesamiento de casos sensibles de corrupción de funcionarios, no cabe duda alguna de lo trascendental para la legitimidad del Poder Judicial del seguimiento especializado de los actuados judiciales por parte de la sociedad civil.

Lamentablemente esta posibilidad de que la sociedad civil especializada pueda hacer un seguimiento académico y objetivo de la actuación del Poder Judicial ha sido pretendido ser groseramente bloqueada por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 27 de mayo de 2013. De acuerdo con esta sentencia, el tribunal constitucional declaró improcedente una acción de habeas data que interpusimos contra la oficina de administración distrital de la Corte Superior de Lima con el propósito de acceder a resoluciones judiciales contenidas en un proceso penal por el delito de colusión seguido contra varios funcionarios públicos (Caso COFOPRI).

En una sentencia sin mayores fundamentos se esgrimen dos argumentos. Por un lado, se señala que sólo las partes de un proceso tienen acceso a dichos documentos y que nosotros no somos parte en el mismo. Y, en segundo lugar, se arguye

violación del derecho a la intimidad.

Veamos. El Tribunal intencionalmente no hace ninguna reflexión sobre el artículo 139.4 de la Constitución que prescribe expresamente que los delitos cometidos por funcionarios públicos son siempre públicos lo que implica directamente el acceso de todos los ciudadanos a la información sobre procesos de corrupción de funcionarios. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional invoca equivocadamente el derecho a la intimidad. Cabe preguntarse, de qué intimidad estamos hablando cuando estamos frente a pedidos de información sobre actos directamente vinculados al ejercicio de la función pública?. Este no es un tema del mayor interés público?. Ni siquiera se requeriría una ponderación porque no hay aquí de por medio temas vinculados a la intimidad de una persona.

La sentencia cita dos precedentes que en realidad no lo son. Se tratan

de sentencias que versan sobre pedidos de información relacionadas con la salud individual de dos personas y una de ellas especialmente sobre una operación ginecológica. Eran pertinentes estas sentencias para nuestro pedido?. Nosotros consideramos que no.

Las consecuencias son muy graves. Si se sigue el criterio de este Tribunal nadie podría tener acceso a ninguna resolución judicial o dictamen fiscal sobre un delito de corrupción de funcionarios. Teniendo en cuenta la envergadura de la corrupción en el seno del sistema de justicia peruano la consecuencia evidente es la imposibilidad de fiscalizar la investigación o procesamiento de casos graves de corrupción de funcionarios que se siguen en el sistema de justicia, con el consiguiente deterioro de la legitimidad del poder judicial y la eventual consumación de la impunidad de estos casos.

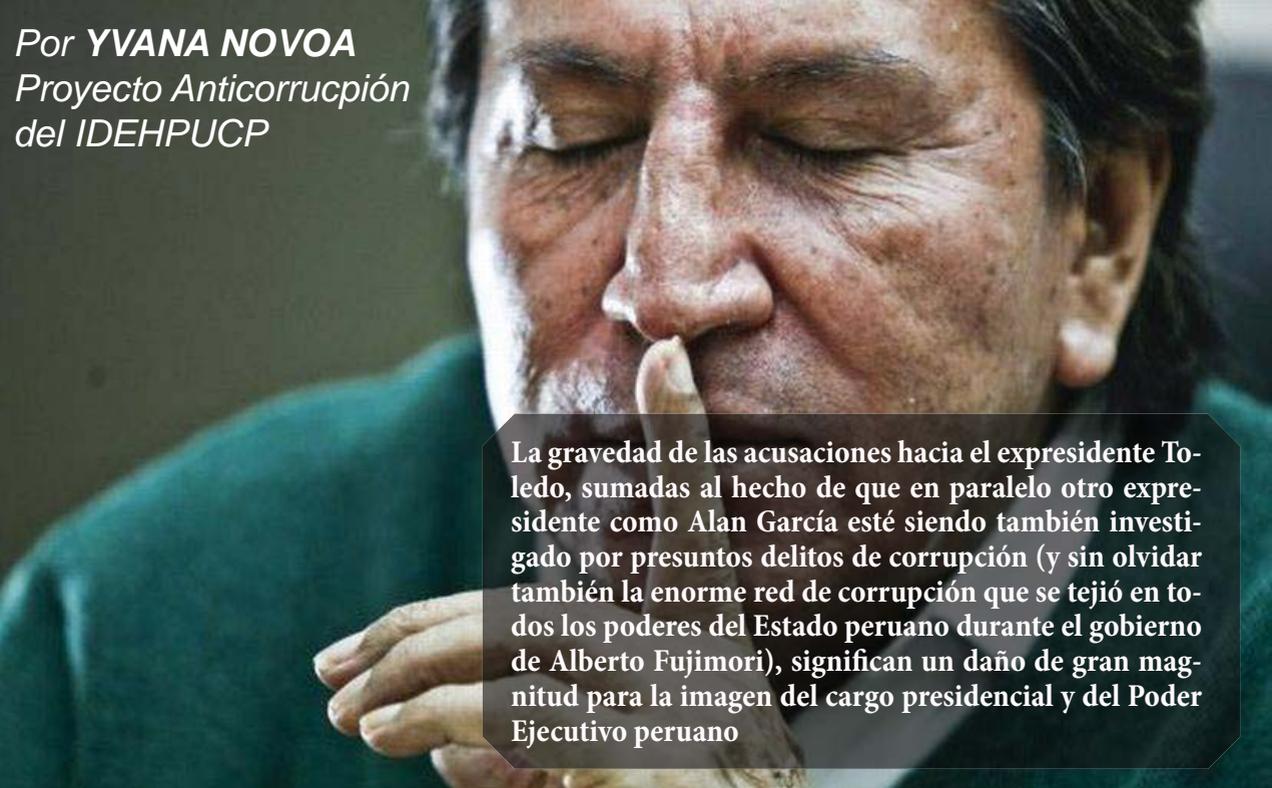


**Jurista italiano Luigi Ferrajoli**

## COMENTARIO

## La imagen presidencial en Perú luego del caso Toledo

Por **YVANA NOVOA**  
*Proyecto Anticorrupción  
del IDEHPUCP*



La gravedad de las acusaciones hacia el expresidente Toledo, sumadas al hecho de que en paralelo otro expresidente como Alan García esté siendo también investigado por presuntos delitos de corrupción (y sin olvidar también la enorme red de corrupción que se tejió en todos los poderes del Estado peruano durante el gobierno de Alberto Fujimori), significan un daño de gran magnitud para la imagen del cargo presidencial y del Poder Ejecutivo peruano

La compra de inmuebles de alto valor por parte de Eva Fernerbug, suegra octogenaria del expresidente Alejandro Toledo, y las sospechas de una intervención por parte de Alejandro Toledo en dichas adquisiciones, han puesto a éste último en la mira por haber levantado sospechas sobre la posible comisión de delitos de corrupción y lavado de activos. En este sentido, el caso Toledo ha generado gran impacto no solo entre los diversos medios de comunicación locales, sino también extranjeros.

De esta manera, diarios importantes como El Mercurio de Chile o El País de España, y cadenas de noticias como la BBC y CNN en español, han publicado en algunas de sus ediciones notas periodísticas que informan sobre el Caso Toledo y su investigación por la posible comisión de algún delito de corrupción. Los delitos mencionados como posiblemente cometidos son el lavado de activos y el delito de enriquecimiento ilícito.

Si bien El Mercurio de Chile fue el

medio de comunicación más contundente al señalar en su titular que “Toledo se hunde más en el escándalo inmobiliario”<sup>1</sup>, El País de España y la BBC han explicado de manera descriptiva los hechos en los que estaría involucrado Alejandro Toledo y han hecho hincapié en que tanto él como el expresidente Alan García, se encuentran siendo investigados por la presunta comisión de delitos de corrupción durante la gestión gubernamental de cada uno. De esta manera, El País ha señalado que “los líderes de los

<sup>1</sup> Noticia disponible en: [http://impresa.elmercurio.com/Pages/SearchResults.aspx?ST=Alejandro Toledo&SF=&SD=&ED=&NewsID=142051&IsExternalSite=False](http://impresa.elmercurio.com/Pages/SearchResults.aspx?ST=Alejandro%20Toledo&SF=&SD=&ED=&NewsID=142051&IsExternalSite=False)

principales partidos políticos peruano están bajo investigaciones y sospecha ahora (...)”<sup>2</sup>. Asimismo, en otra edición de este mismo diario, se menciona al final de la nota de prensa sobre el caso Toledo, lo siguiente: “En paralelo, el expresidente Alan García, afronta una investigación preliminar fiscal por presunto enriquecimiento ilícito (...)”<sup>3</sup>.

Por otra parte, medios de comunicación escrita de República Dominicana, como el diario El Listín, han emitido notas informativas sobre las donaciones que el senador Dominicano Félix Bautista habría entregado al partido de Alejandro Toledo. En dichas ediciones se menciona que existen sospechas sobre el origen ilícito del dinero donado, proveniente supuestamente de lavado de dinero<sup>4</sup>.

Es entendible que medios de comunicación extranjeros importantes hayan informado sobre el presente caso, pero lo cierto es que las consecuencias que esto acarrea para la imagen del cargo presidencial en Perú, son muy negativas. La gravedad de las acusaciones hacia el expresidente Toledo, sumadas al hecho de que en paralelo otro expresidente como Alan García esté siendo también investigado por presuntos delitos de corrupción (y sin olvidar también la enorme red de corrupción que se tejió en todos los poderes del Estado peruano durante el gobierno de Alberto Fujimori), significan un daño de gran magnitud para la imagen del cargo presidencial y del Poder Ejecutivo peruano. Y es que el ejemplo de probidad, transparencia y honestidad debe venir, sin duda alguna,

y con mayor razón, desde las altas esferas de todo gobierno. No solo la imagen del cargo presidencial se ha visto manchada, sino la imagen de Perú como un país cuya historia de corrupción estatal continúa siendo arrastrada con el paso de los años.

Una lucha eficaz contra la corrupción no solo implica como demanda básica o mínima el que no se cometan delitos de corrupción desde las altas esferas del poder, sino que desde el Poder Ejecutivo se genere un real y efectivo compromiso de cara para el impulso de políticas

públicas dirigidas a erradicar la corrupción. El Barómetro Global de la Corrupción (2013)<sup>5</sup>, emitido por Transparencia Internacional, señala que el 54% de la población encuestada a nivel internacional, considera que sus respectivos gobiernos no realizan una lucha o actividad efectiva en contra de la corrupción en su país. Es por estas razones que la cantidad de denuncias existentes hacia expresidentes peruanos es alarmante y también constituyen un indicador sobre la magnitud del fenómeno de la corrupción en Perú.

## EL PAÍS

PORTADA

INTERNACIONAL

PC

# INTERNACIONAL

EUROPA

EE UU

MÉXICO

AMÉRICA LATINA

ORIENTE PRÓXIMO

ASIA

ÁFRICA

BL

▶ ESTÁ PASANDO

Golpe en Egipto

Edward Snowden

Elecciones en México

Accidente

## Costa Rica también investiga al expresidente peruano Alejandro Toledo

- La Fiscalía congela una cuenta con 6.5 millones de dólares asociada a la suegra de expresidente peruano, su exguardaespalda y un empresario amigo del político

JACQUELINE FOWKS | Lima | 12 JUN 2013 - 05:05 CET

17

Archivado en: Alejandro Toledo Perú Costa Rica Centroamérica Sudamérica Latinoamérica  
Corrupción Delitos América Justicia



<sup>2</sup> Noticia disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2013/06/12/actualidad/1371006338\\_294779.html?rel=rosEP](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/06/12/actualidad/1371006338_294779.html?rel=rosEP)

<sup>3</sup> Noticia disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/22/actualidad/1369190042\\_686700.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/22/actualidad/1369190042_686700.html)

<sup>4</sup> Noticia disponible en: <http://www.listin.com.do/la-republica/2013/7/3/283122/Senador-defiende-aportes-a-la-campana-de-Toledo>

<sup>5</sup> Barómetro Global de la Corrupción (2013). Disponible en: <http://www.transparencia.org/gcb2013/report>

## Caso Juicio constitucional Congressista José Anaya Oropeza

Por **Julio A. Rodríguez Vásquez**  
*Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP*



Habría un problema constitucional que residiría en que la calificación hecha por la Corte Suprema es distinta a la realizada por el Congreso: mientras que el Parlamento calificó de peculado lo referido al restaurante “Yorlas”, y de falsificación de documentos lo relacionado a la Empresa “Ida Service”, la Corte Suprema de la República calificó ambos hechos como peculado y falsificación de documentos.

El 8 de mayo del 2013 el Pleno del Tribunal Constitucional emitió sentencia respecto al proceso de habeas corpus presentado por el ex congresista José Oriol Anaya Oropeza ante la supuesta vulneración de su derecho a la libertad individual en conexión con su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por parte de los integrantes de la Sala Penal Especial y la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Cabe recordar que el señor Anaya Oropeza fue condenado el 11 de febrero de 2011 por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema por la comisión de los delitos de falsificación de documentos y peculado.

Dicha calificación jurídica se realizó sobre los hechos contenidos en el informe final del Congreso de la República, según el cual el referido parlamentario presentó al Departamento de Tesorería y Contabilidad del Congreso un memorando a través del cual incluyó, como medio de prueba del gasto de un boleto aéreo a Italia, la boleta de venta de

la firma “Ida Service”, la cual fue calificada como falsa. Junto con ello, se presentó sendas boletas de venta emitidas supuestamente por el restaurante “Yolas”, documentos que, de acuerdo a la sentencia de la Sala Penal, también son falsos. Estos documentos irregulares fueron presentados al Congreso para sustentar la rendición de gastos operativos de los meses de abril, mayo y junio de 2007.

Ahora bien, el problema constitucional residiría en que la calificación hecha por la Corte Suprema es distinta a la realizada por el Congreso de la República: mientras que el Parlamento calificó de peculado lo referido al restaurante “Yorlas”, y de falsificación de documentos lo relacionado a la Empresa “Ida Service”; la Corte Suprema de la República calificó ambos hechos como peculado y falsificación de documentos. A continuación, los extractos más relevantes de la sentencia que resuelve dicho problema:

### Concepto y finalidad de la acusación constitucional

*“El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 99° de la Constitución Política en el sentido de que el antejuicio político es una prerrogativa funcional de la cual gozan determinados funcionarios al objeto de que no sean investigados, procesados y eventualmente sancionados por el Ministerio Público y el Poder Judicial por los delitos que cometan durante el ejercicio de sus funciones sin ser previamente sometidos a un procedimiento político jurisdiccional al interior del Congreso de la República”*

### La restricción de las atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público en la acusación constitucional

*“(…) no resulta razonable que la prerrogativa del antejuicio político dé lugar a*



*interferencias del Congreso de la República respecto a la autonomía e independencia de la que gozan tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial, porque a estas instituciones les corresponde la investigación y el juzgamiento del delito conforme al principio de separación de poderes que sustenta el Estado democrático de derecho”.*

*“El Tribunal Constitucional considera que el único límite que tiene tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial para realizar la calificación o recalificación jurídica de los actuados materia de la acusación constitucional son los hechos expresados en la referida acusación; toda vez que al condenar sobre esta variación de hechos se viciaría de contenido constitucional al derecho a la prerrogativa del antejuicio político”*

#### COMENTARIO

##### **- Concepto y finalidad de la acusación constitucional**

Los artículos 99° y 100° de la Constitución señalan lo siguiente:

*“Artículo 99.-*

*Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estados; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado éstas*

*Artículo 100.-*

*Corresponde al Congreso sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad*

*El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.*

*En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.*

*La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve*

*al acusado sus derechos políticos.*

*Los términos de la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso<sup>7</sup>.*

Del texto de dichas normas constitucionales se puede ver la presencia de dos procesos de acusación constitucional distintos<sup>1</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución de 1993 no sólo contiene la figura del antejuicio (modelo adoptado por sus predecesora de 1979), sino que también reconoce el juicio político<sup>2</sup>. Esta información es relevante ya que las dos figuras señaladas tienen un origen y fundamento distinto.

Sobre el juicio político, se debe comenzar señalando que éste tiene sus raíces en el impeachment británico<sup>3</sup>. Dicha institución tenía un carácter meramente político, toda vez que su finalidad era la protección del Estado a través de la separación del cargo de todo funcionario público que cometa faltas políticas<sup>4</sup>.

Es en esta medida que el juicio político en nuestra Constitución se constituye como una evaluación de la responsabilidad política de los altos funcionarios, cuyo resultado, en caso de probarse la infracción a la Constitución, sería la separación del infractor<sup>5</sup>.

Por otro lado, el antejuicio tiene su origen en la Francia posrevolucionaria como una forma de tratamiento especial de la criminalidad de los ministros<sup>6</sup>. De esta manera, a diferencia del juicio político, el antejuicio se origina como un procedimiento parlamentario que tiene por objetivo conducir a la materialización de la responsabilidad jurídica de los altos funcionarios<sup>7</sup>. Este modelo ha sido adoptado en parte por nuestras constituciones, de forma que el texto de 1993 incorpora el antejuicio como un proceso que, en vez de sancionar a los funcionarios públicos por faltas políticas, permite habilitar que el funcionario público pueda ser investigado, procesado y sancionado por la justicia penal.

En el presente caso, estamos frente al clásico antejuicio, que no es otra cosa que una antesala de un

proceso jurisdiccional que involucra la prueba e imputación de responsabilidades penal, proceso que tendrá lugar en el más alto nivel del sistema judicial<sup>8</sup>. En otras palabras, estamos ante una **condición de procedibilidad** (la acusación constitucional) que habilita una *sistema penal especial*<sup>9</sup> (en tanto que interviene la Fiscalía Suprema y una Sala Especial de la Corte Suprema) para la investigación y sanción de delitos funcionariales cometidos por altos funcionarios<sup>10</sup>. En esta medida, no existe derecho al antejuicio como tal, sino que la infracción y omisión de la condición de procedibilidad –el procedimiento constitucional de antejuicio– implicaría una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los altos funcionarios del Estado, toda vez que no se estaría respetando el procedimiento establecido por la Constitución para investigar y sancionar a los altos servidores públicos por delitos durante el ejercicio de su función. En esta medida, el artículo 139º inciso 3º de nuestra Constitución señala:

*“Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

<sup>1</sup> De opinión distinta: EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Antejuicio y Juicio Político en el Perú”. En: Revista Pensamiento Constitucional. Vol 13, No.13 (2008). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Así también: RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Tomo 4. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima: ICS-Rao, 1999; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político? Disponible en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/Antejuicio.pdf> Revisado el 09 de julio de 2013-

<sup>2</sup> Sentencia del 1 de diciembre de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N°006-2003-AI/TC. En este mismo sentido. GARCÍA CHAVARRI, Abraham. “Acusación Constitucional, Juicio Político y Antejuicio. Desarrollo Teórico y Tratamiento Jurisprudencial. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008; CAIRO RÓLDAN, Omar. “Justicia Constitucional y proceso de amparo”. Lima: Palestra, 2004. pp. 135-149; SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, Jorge. En: GUTIERREZ, Walter (Director). “La Constitución Comentada. Tomo II”. Lima: Gaceta Jurídica, 2008. pp. 124-142.

<sup>3</sup> GARCÍA CHAVARRI, Abraham. Ob. Cit. p. 5.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, Jorge. Ob. Cit. p. 129.

<sup>6</sup> GARCÍA CHAVARRI, Abraham. Ob. Cit. p. 16.

<sup>7</sup> *Idem*. 17.

<sup>8</sup> SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, Jorge. Ob. Cit. p.128.

<sup>9</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. “La persecución penal de la corrupción política en el Perú”. En: Revista JUS Doctrina & Práctica. Lima: Julio 2007.p. 111.

<sup>10</sup> Para el profesor San Martín Castro es una condición objetiva de procedibilidad. SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 111. Sin embargo, el profesor Luigi Ferrajoli señala que es una condición subjetiva de procedibilidad, en tanto que no se refiere al delito, sino a la persona. Por ello, el jurista italiano considera que estas condiciones, frente al principio de igualdad, son ilegítimas. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta, 2005. p. 571.

(...)<sup>11</sup>.

Como vemos, el Tribunal Constitucional en la sentencia de 1 de diciembre de 2003 considera que lo dispuesto en el artículo 100° de la Constitución podría contradecir la independencia y la autonomía del Ministerio Público al momento de ejercer su papel como titular de la acción penal (rol que le ha sido consignado constitucionalmente), así como del Poder Judicial al momento de ejercer su jurisdicción. ¿Cuál es entonces la razón de ser de este artículo? Como bien lo señalan los profesores Cesar Landa Arroyo<sup>12</sup> y Domingo García Belaunde<sup>13</sup> la redacción de esta norma responde a un conocido juicio político ocurrido en 1991, en donde la acusación parlamentaria, emitida contra altos funcionarios del primer gobierno de Alan García, se redujo a la mitad en el Ministerio Público, lo que terminó con el archivamiento del proceso por parte de la Corte Suprema. Ahora bien, existe un reconocido sector de la doctrina que, en base a estos antecedentes nefastos y a la existencia de algunos malos magistrados, parece avalar dicha norma (in)constitucional, ello en la medida de que el Estado peruano sería quien atribuye la titularidad de la acción penal, siendo posible que en el juicio político la misma sea ejercida por un órgano distinto al Ministerio Público<sup>14</sup>.

Sin embargo, la titularidad de la acción penal por parte del Ministerio Público, al igual que la capacidad de decisión jurisdiccional del Poder Judicial, no obedece a un mero

De la lectura del artículo 100° de la Constitución de 1993 resalta la última oración: “Los términos de la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”. Este párrafo ha sido criticado por la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien en la sentencia emitida en el expediente 006-2003-AI/TC ha exhortado al Congreso a cambiar dicha redacción en base a los siguientes argumentos:

*“(…) que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. (...) en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159°; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional*

*3. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”*

En conclusión, el antejuicio político es una condición de procedibilidad que se incorpora en el procedimiento establecido constitucionalmente para la investigación y sanción de los altos funcionarios públicos por delitos de función. Actualmente, su transgresión equivale a la violación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los funcionarios públicos citados por el artículo 99° de la Constitución.

**- La restricción de las atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público en la acusación constitucional**

<sup>11</sup> Sentencia del 1 de diciembre de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N°006-2003-AI/TC. Fundamento 17.

<sup>12</sup> Proyecto Anticorrupción del Instituto Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Entrevista a Cesar Landa Arroyo. En: IDEHPUCP. Entrevista. Boletín N°24 Proyecto Anticorrupción. Lima: Abril 2013. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-24-2.pdf>

<sup>13</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ob. Cit. p.15

<sup>14</sup> *Ibidem*.

reconocimiento positivo-legal, sino que, por el contrario, esta fuertemente ligada al modelo de Estado adoptado por la Constitución. En esta medida, una Democracia Constitucional no es una tiranía de las mayorías, sino que se caracteriza por tener una dimensión referida a *lo que no se puede decidir* por ninguna mayoría, esto es, una esfera de lo no decidible donde se encuentran las garantías penales<sup>15</sup>. Estas garantías no sólo están presentes en la razón de ser de un Juzgador independiente e imparcial (el Poder Judicial), sino que también están presentes en el origen mismo del Ministerio Público. Sobre este punto, el profesor Claus Roxin señala que el origen de la Fiscalía corresponde con tres fines<sup>16</sup>:

- El Ministerio Público como medio decisivo de abolición del proceso inquisitivo antiguo, y da paso al modelo acusatorio. El imputado tiene la garantía de un juez imparcial
- **El Ministerio Público en el proceso penal europeo continental, a diferencia del modelo anglosajón, no fue constituido para cumplir una función unilateral de persecución, sino para ser custodio de la legalidad.** El imputado tiene la garantía de que el tercero que acusa actúe, tal como esta dispuesto en el artículo IV del Título preliminar del Código

Procesal Penal, con objetividad y de acuerdo al principio de legalidad.

- El Ministerio Público cumple con el control sobre la policía.

Como vemos, la exhortación del Tribunal Constitucional emitida en el expediente 006-2003-AI/TC, citada por la sentencia del caso Anaya Oropeza, busca, en primer lugar, adecuar el artículo 100º de la Constitución con otro principio constitucional: el principio acusatorio expresado en la separación entre quién juzga y quién acusa<sup>17</sup>, en la medida que no es posible que el Congreso acuse y califique de forma determinante los hechos investigados.

Más aún, el tercero acusador, al igual que el juzgador<sup>18</sup>, tiene que estar revestido de autonomía e independencia, toda vez que su función no es simplemente la persecución del delito, y mucho menos de representante de mayorías, sino que también es un garante de la legalidad constitucional. Ello es aún más notorio en la actividad jurisdiccional, toda vez que su independencia y autonomía se fundamenta no sólo en garantizar la igualdad de los ciudadanos, sino también en impedir las arbitrariedades y abusos potestativos sobre las libertades individuales por parte del gobierno (a través del respeto de las garantías y principios penales)<sup>19</sup>.

Entonces, resulta importante recordar que la legitimidad de los magistrados, a diferencia del poder político, no es de origen, sino de ejercicio. En otras palabras, su legitimidad no se fundamenta en la consulta o el sufragio popular, sino que es independiente a los intereses de la mayoría y se corresponde con su ejercicio en defensa de la legalidad y la verdad en el juicio<sup>20</sup>.

En esta medida, de ninguna manera se puede aceptar que un órgano que se guía por una lógica de mayorías, como el caso del Congreso, tenga la titularidad de la acción penal, y mucho menos capacidad jurisdiccional. No podemos olvidar que las elecciones de los magistrados se orientan hacia la justicia y la tutela de los derechos de los ciudadanos, mientras que el poder político puede orientarse a defender intereses que no necesariamente están protegidos por el derecho<sup>21</sup>.

Si se toma en cuenta todo lo antes dicho, tiene sentido que el Tribunal Constitucional, en la sentencia en comentario, haya reconocido que la frase “términos de la acusación del Congreso” se refiera sólo a los hechos, más no a la calificación jurídica, la cual puede ser perfectamente modificada por el Ministerio Público o la Corte Suprema. Sobre este punto, el profesor San Martín Castro señala: “Como quiera que no se

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y Derecho Penal*. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (Coordinador). *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006. p.8.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus. *La posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*. En: MAIER, Julio (Compilador). *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993. p.40

<sup>17</sup> Proyecto Anticorrupción del Instituto Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Entrevista a Cesar Landa Arroyo*. Ob. Cit.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 40.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2005. p. 584.

<sup>20</sup> MONTOYA, Yvan. *Poder Judicial y Estado democrático de derecho en el Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1997. p. 14

<sup>21</sup> TARUFFO, Michele. “Jueces y Política: De la Subordinación a la Dialéctica”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 22(abril 2005. México DF: Instituto Tecnológico Autónomo de México. pp. 15-16



*altera el ámbito fáctico, propio de la prerrogativa constitucional del Alto Funcionario imputado; y en tanto se juzga un factum y no un crimen, sin perjuicio de dar oportunidad al imputado de defenderse contra ese cambio de tipificación, estimo plenamente viable ese cambio, al igual que lo ha consagrado el apartado 6 del artículo 450° NCPP 2003*<sup>22</sup>. En esta medida, carece de fundamento el habeas corpus presentado por el congresista Anaya Oropeza, toda vez que la decisión de la Corte Su-

prema de cambiar la calificación jurídica de los hechos acusados por el Congreso es válida y constitucionalmente legítima.

En conclusión, el Congreso, durante el procedimiento de antejuicio, no es ni el titular de la acción penal ni ejerce la función jurisdiccional<sup>23</sup>. Por el contrario, se limita a investigar si hay hechos que puedan ser calificados como delitos, para que, de ser este el caso, se permita la investigación preparatoria (en

el caso del NCPP) o el inicio de la instrucción (en el caso del CPP), etapas donde intervendrán, de forma independiente y autónoma, el Ministerio Público y el Poder Judicial. Sin perjuicio de ello, no deja de parecer extraño al modelo constitucional la existencia de una condición de procedibilidad como esta, toda vez que parece más adecuado que la Fiscalía Suprema sea la encargada de todo lo referido a la etapa de investigación de estos hechos.

<sup>22</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 114.

<sup>23</sup> GARCÍA CHAVARRI, Abraham. Ob. Cit. p. 22.

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

## Caso Roberto Torres Gonzáles Alcalde de Chiclayo



El presente comentario jurisprudencial trata sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04298-2012-PA/TC de fecha 17 de abril de 2013, a propósito del caso del Señor Roberto Torres Gonzáles, alcalde de Chiclayo, quien autorizó el uso de uno de los vehículos oficiales de la municipalidad para llevar a sus menores hijos a un centro de actividades recreacionales, mientras él se encontraba en la ciudad de Lima.

Ante la acusación por la comisión del delito de peculado de uso, se discute en el caso la aplicación o no de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 de nuestro Código Penal, el mismo que señala: “No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”<sup>1</sup>. Según la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, el uso que estaría exento de

responsabilidad penal sería aquel que se haya ejecutado por el propio funcionario público, es decir, cuando nos encontremos ante un uso exclusivo del vehículo por parte del funcionario. Por otro lado, el Tribunal Constitucional indica que el uso personal no debe ser interpretado como un uso exclusivo, de tal manera que sería tolerable para el Derecho Penal, el uso de un vehículo asignado a un funcionario público (en razón de su cargo) por

su círculo familiar más íntimo en situaciones concretas.

Seguidamente se transcriben los párrafos pertinentes de la sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos:

*17. Este Tribunal aprecia que si bien la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición*

<sup>1</sup> Artículo 388. Peculado de uso

*El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

*Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.*

*No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.*

normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en tanto el “uso personal del vehículo”, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso “familiar” o “amical” del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la **facilitación del des-  
envolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales)**, también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al “uso personal” del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), **tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica.** Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el “uso personal” que el funcionario hace de él. **Si tenemos en cuenta el círcu-**

**lo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable.**

Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala emplazada, en el sentido de que la exención típica “servicio personal por razón del cargo”, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente individualizados del funcionario, de modo que sólo éste puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso. **Una exigencia de razonabilidad en la aplicación de**

**la exención estipulada en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal se impone, por tanto, de modo que no mantenga a dichos funcionarios en un régimen de persecución desproporcionada, ni les abra posibilidades de abuso del referido bien público.** [El resaltado es nuestro]

#### COMENTARIO

##### Breves apuntes sobre el delito de peculado doloso y peculado de uso

El delito de peculado pertenece al conjunto de delitos que atentan contra el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública. Sin embargo, es necesario precisar que este es un bien jurídico “marco”, que está integrado a su vez por una serie de principios que informan, rigen y orientan el correcto ejercicio de la función pública. En el caso concreto del delito de peculado, se protegen aquellos principios que están detrás de la gestión eficaz de caudales y efectos públicos, como son los de probidad y lealtad<sup>2</sup>.

Cabe mencionar que en los delitos funcionariales el ejercicio de la función pública es el presupuesto instrumental para lesionar el bien jurídico. Y ello en cuanto el agente no solo tiene determinados deberes y obligaciones, sino que además ocupa una posición especial de cercanía respecto del bien jurídico protegido. Es así que la imputación penal se justificará ante el abuso de dicha posición jurídica o fáctica en

<sup>2</sup> Según el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, el delito de peculado es un delito pluriofensivo que atenta contra dos bienes jurídicos específicos: “a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad” (Fundamento jurídico N° 6).

la que el sujeto activo se encuentra<sup>3</sup>.

En lo que atañe al delito de peculado, se sancionan la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos que le son encomendados al funcionario público para su administración o custodia. La apropiación implicará la disposición de los bienes de la Administración como si el agente fuera propietario, mientras que la utilización una *“aplicación privada temporal”*<sup>4</sup>.

Por otro lado encontramos el artículo 388 referido al peculado de uso. La pregunta que surge en cuanto a la nomenclatura, es si existe o no una diferencia de este último delito con el delito de peculado en su modalidad de utilización. Nosotros consideramos, siguiendo a Manuel Abanto Vásquez, que la diferencia radica en la clase de bienes que comprende cada tipo penal<sup>5</sup>. En ese sentido, el primero hace referencia a un universo amplio de bienes (caudales o efectos), mientras que en el delito de peculado de uso nos encontramos con bienes determinados que se encuentran vinculados a los instrumentos de trabajo (vehículos, máquinas, etc.). Podríamos decir entonces que existiría una relación de género a especie entre uno y otro tipo penal.

Sin embargo, no toda utilización ocasional, privada y temporal de

los instrumentos de trabajo implica la comisión del delito de peculado de uso, ya que existe una excepción relacionada con los vehículos motorizados que han sido destinados al servicio personal del funcionario público en razón de su cargo. Es así que, en dicha situación, se admitiría el uso con fines privados de dichos vehículos<sup>6</sup>.

Fundamento de la excepción al delito de peculado de uso

Según la sentencia bajo comentario, “la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales)”<sup>7</sup>. Por su parte, Fidel Rojas Vargas nos dice que “tal excepción obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades del servidor imponen, en relación con un marco puntual de permisiones en beneficio del sujeto público”<sup>8</sup>.

Se trataría entonces de una prerrogativa que garantiza un espacio de libertad respecto del uso de los vehículos, la misma que solo podría establecerse en virtud del cargo concreto que ostente el funcionario público. En ese sentido, la Administración Pública no entrega el vehículo a un funcionario por el solo hecho de serlo, sino por el cargo

que se ostenta en la jerarquía administrativa, con la única finalidad de facilitar la seguridad y el desenvolvimiento de la función que cumple el funcionario.

Sin embargo, según Abanto Vásquez, “esta exención resulta difícil de justificar, pues parece constituir un claro caso de violación del principio de igualdad: si en realidad se quería reconocer un límite para casos de bagatela, éste debió establecerse no solamente para estos bienes (asignados a funcionarios de alto nivel), sino a otros bienes menores y, sobre todo, en función del perjuicio que se ocasione o pueda ocasionar para el cumplimiento de la finalidad pública postergada”<sup>9</sup>. Esta última idea podría incluso plantearse sin que exista la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388, ya que es necesario verificar la lesividad del comportamiento para aplicar las normas del Derecho Penal (en tanto se entiende que ellas sancionan los comportamientos que atentan contra los intereses más valiosos de la sociedad)<sup>10</sup> y atendiendo también a los criterios de fragmentariedad y subsidiariedad. Por tanto, una conducta que no represente un atentado o puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente protegidos, bien podría ser sancionada por otras ramas del Derecho (como el administrativo, por ejemplo).

<sup>3</sup> Según Fernando Vásquez - Portomene, la posición del funcionario público es muy parecida a la de un sujeto que comete un delito en comisión por omisión, es decir, de un sujeto que tiene posición de garante. VÁSQUEZ - PORTOMENE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública/Universidad Santiago de Compostela, 2003, P.322-331.

<sup>4</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*. Lima: Palestra, 2003. P. 344.

<sup>5</sup> *Ibid.* P. 372

<sup>6</sup> Según Manuel Abanto Vásquez: “la exención parece ser absoluta (si no, no tendría sentido su previsión específica) para todo “uso privado” que dé lugar al funcionario al vehículo motorizado que se le haya entregado para que cumpla con sus funciones públicas”. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. Cit.* P. 376.

<sup>7</sup> Fundamento N° 17 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04298-2012-PA/TC.

<sup>8</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. Cit.* P. 543.

<sup>9</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. Cit.* P. 376.

<sup>10</sup> Fidel Rojas nos dice que “el Derecho Penal es también y, sobre todo en el peculado de uso, de última ratio; vale decir, constituye la razón jurídica extrema para ser impuesta en casos de lesividad social significativa o de puesta en peligro real a los bienes jurídico penales”. ROJAS VARGAS, Fidel. *El TC y la interpretación del delito de peculado de uso: caso Alcalde de Chiclayo. Gaceta constitucional. Tomo 65 (Mayo 2013)*. P. 13-14.



Más allá de la discusión planteada, resulta indispensable interpretar el contenido de la excepción ya que es precisamente el tema en discordia en el caso del Alcalde de Chiclayo. ¿Llevar a sus hijos a un lugar para que realicen actividades recreacionales utilizando un vehículo oficial de la municipalidad es un comportamiento comprendido en la excepción? ¿Utilizar un vehículo oficial en una actividad familiar responde al servicio personal del funcionario? De admitirse un uso más allá de las funciones oficiales, ¿cuál sería el límite?

Sobre los alcances de la excepción La Sala de Apelaciones de Lambayeque señala que la “excepción como tal debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo exten-

erse por ejemplo al concepto “servicio familiar por razón del cargo”, pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuitu personae* (cfr. Lo previsto por el artículo 10 del código penal: “las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes”). Sin embargo, nosotros consideramos que un uso más allá del ejercicio por el propio funcionario, no necesariamente implicará la comisión del delito de peculado de uso<sup>11</sup>. Sobre todo tratándose, por ejemplo, de actividades familiares que estarían incluidas en la actividad personal del funcionario. No debemos olvidar que, como señala el Tribunal Constitucional, cuando el funcionario utiliza los vehículos oficiales resulta más que

probable que otras personas ajenas a la función pública también participan. Por tanto, el uso personal, no implicaría un uso exclusivo de los vehículos por parte del funcionario.

A partir de ello, resulta necesario plantearse la siguiente pregunta: ¿Qué comportamientos estarían incluidos en la excepción que admite el uso de vehículos oficiales más allá de su vínculo directo con el ejercicio de la función pública? De la sentencia del Tribunal Constitucional pueden desprenderse dos categorías en función de la presencia o no del funcionario público en el vehículo oficial. En ese sentido, si está presente, estarán permitidos: (i) El uso por parte de la familia nuclear<sup>12</sup>, (ii) del personal de confianza del funcionario (ya sea por-

<sup>11</sup> Según el referido autor: “No pocos de los procesos penales de peculado por uso de vehículos públicos se hallan –o podrían hallarse– al servicio de la instrumentalización política, mediática y punitiva, con prescindencia de razones de última ratio o bagatela: y, en los que lo que interesa es inhabilitar por razones alejadas a Derecho- al alcalde o funcionario que haya usado “irregularmente” el vehículo automotor asignado a su uso personal”.

<sup>12</sup> Cabe mencionar que nosotros consideramos que el concepto de familia nuclear no se limita al concepto tradicional que involucra únicamente a los padres e hijos. Hablaríamos de “familia nuclear” entendiéndolo por ella aquel “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Vigésima Segunda Edición. Consulta: 12 de julio de 2013. <<http://lema.rae.es/drae/?val=familia>>

que trabajen conjuntamente con el funcionario o por encargo). Asimismo, consideramos que también deben incluirse en dicha categoría: (iii) el uso para la actividad docente, de estudio y otras actividades no oficiales del funcionario, y (iv) en el caso de actos inmorales que no impliquen una falta al Código de ética de la Función Pública. Por otro lado, si el funcionario no se encontrara presente en el vehículo, estimamos que no se configuraría el peculado de uso cuando, ocasionalmente<sup>13</sup>, el vehículo fuera utilizado en: (i) actividades de la familia nuclear, (ii) de la familia no nuclear y (iii) del personal de confianza del funcionario.

¿Qué actividades no estarían incluidas en la excepción? Aquellas en donde (como señala el Tribunal Constitucional) se utilice el vehículo como movilidad permanente, ya que ello sería utilizarlo para un “servicio familiar”. Otros casos en donde no podría aplicarse la excepción serían: “prestarlo a un amigo, pariente o allegado, comportamientos antiéticos, de apoyo polí-

tico a candidaturas o delictivos”<sup>14</sup>. De esta manera, puede llegarse a la conclusión de que el servicio personal no aceptará toda intervención de terceros, y sobre todo que la utilización del vehículo por parte del funcionario público tampoco significa una carta abierta para satisfacer cualquier interés privado.

Así pues, por ejemplo, en la Ejecutoria del 23 de agosto de 2002, Exp. N° 2565-2001- Cusco, se tiene el caso en donde se utilizaron los vehículos municipales con la finalidad de apoyar una candidatura: “los procesados en su condición de alcaldes y, por ende, de funcionarios públicos encargados de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, faltaron a la confianza pública depositada en ellos, toda vez que se comprobó su participación a favor de una candidatura, facilitando el uso de vehículos de transporte de sus respectivos municipios participando activamente, portando banderolas alusivas a la candidatura, es decir, dieron mal uso a los vehículos destinados al cumplimiento de alguna

labor pública”<sup>15 16</sup>.

Sin embargo, puede cuestionarse el tema de los comportamientos antiéticos, especialmente porque se trata de un criterio relativo y subjetivo. Así pues, por ejemplo, en la Ejecutoria dictada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Exp. N° 05-2008 (caso Luis Alberto Mena Núñez) se admitió la excepción del tercer párrafo del artículo 388, cuando el vehículo oficial era utilizado para trasladar al funcionario público (en más de una oportunidad) a un centro nocturno.

Tomando en cuenta lo dicho anteriormente, nos permitimos elaborar el siguiente cuadro en base a los criterios extraídos de la sentencia, presentando aquellos supuestos en los cuales será de aplicación o no la excepción a la comisión del delito de peculado de uso. Para ello, tomaremos en cuenta la presencia efectiva del funcionario público en el vehículo, el alcance de los miembros de la familia o allegados que participan en su uso y la finalidad con la que se utiliza.

USO DEL VEHÍCULO	ES PECULADO DE USO	NO ES PECULADO DE USO
El funcionario está presente en el vehículo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Uso de la familia no nuclear.</li> <li>• Uso que implique el deterioro, meoscabo y destrucción del vehículo.</li> <li>• Faltas al Código de ética de la Función Pública:               <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) Proselitismo político (en beneficio propio o de tercero).</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Uso de la familia nuclear (esposo[a], hijos y padres, por ejemplo).</li> <li>• Uso del personal de confianza (trabajo conjunto, por encargo).</li> <li>• Actividad docente, estudios del funcionario, reuniones no oficiales.</li> <li>• Actos considerados inmorales que no impliquen una falta al Código de ética de la Función Pública.</li> </ul>
El funcionario no está presente en el vehículo y conoce cuál será su uso.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Uso del vehículo como movilidad permanente de la familia y amistades.</li> <li>• Uso para fines delictivos.</li> <li>• Proselitismo político.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Uso ocasional de la familia nuclear.</li> <li>• Uso ocasional de la familia no nuclear y personal de confianza (trabajo conjunto o por encargo).</li> </ul>

<sup>13</sup> Nos referimos a situaciones poco recurrentes, incluyendo además los casos de situaciones excepcionales.

<sup>14</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007. P.543.

<sup>15</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2011. P. 366.

<sup>16</sup> Cabe mencionar que a su vez, ello implica una falta al Código de Ética de la Función Pública, el mismo que en su artículo 8, inciso tres, indica que el funcionario está prohibido de “realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos”.



Naturalmente, los ejemplos mencionados son referenciales, por lo que ante un supuesto que no se encuentre previsto será necesario recurrir al análisis de razonabilidad que plantea el Tribunal Constitucional. De esta manera se busca que la excepción que admite un uso privado de los vehículos automotores no implique (como señala el Tribunal Constitucional) una “camisa de fuerza” (y se entienda como un “uso exclusivo”), pero que tampoco admita un uso abusivo del bien público.

A propósito del tema, resulta pertinente mencionar la discusión de Juan Antonio Lascuráin Sánchez sobre la previsibilidad semántica o

axiológica como criterios de racionalidad interpretativa de la tipicidad penal<sup>17</sup>. El primero de ellos exige el respeto por el tenor literal de la norma, mientras que el segundo, que se tomen en cuenta los valores protegidos que se ponen en juego.

Citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, Lascuráin Sánchez nos dirá que “no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación

ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico – una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios”<sup>18</sup>.

Quedará en manos de la jurisprudencia nacional establecer con mayor claridad los criterios de razonabilidad que permitan identificar los comportamientos que pueden ser calificados como peculado de uso, de tal manera que exista jurisprudencia uniforme sobre la materia.

<sup>17</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La tipicidad penal en la jurisprudencia constitucional*. En: *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*. Libro homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García. Editorial Colex, 2006, P. 284.

<sup>18</sup> *Ibid.* P. 285.