

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Octubre de 2013

Boletín N° 30



PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

La corrupción policial: ¿qué hacer frente a tanta corrupción?

Página
3-4

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Municipalidad distrital de Chilca
– Malversación de fondos y estado de necesidad

Página
5-9

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Miguel Chehade
Sentencia del Tercer Juzgado Unipersonal de Lima recaída en el Expediente
N° 00034-2012-7-1826-JR-PE-03

Página
9-13

PRESENTACIÓN

La corrupción policial: ¿qué hacer frente a tanta corrupción?

Por **YVAN MONTOYA**
Coordinador del Proyecto
Anticorrupción del IDEHPUCP

Acontecimientos últimos vuelven a denotar una situación muy grave de práctica de corrupción en los más altos niveles de la oficialidad de la Policía nacional y el Ministerio del Interior. Nos referimos a los conocidos sucesos relacionados con la irregular y corrupta prestación de servicio de seguridad por parte de la Policía Nacional, aparentemente, a un personaje procesado y en su momento condenado por delitos de corrupción, involucrado en su momento con la estructura organizada por Montesinos y Fujimori durante la década oprobiosa de los años noventa.

Estos acontecimientos nos permiten comprender un poco más lo rutinario o habitual que es encontrar, por ejemplo, diversos Policías de Tránsito que son comprados en su función pública con la finalidad de no cumplir con sus funciones de imponer papeletas por infracciones de tránsito o hacerlas cumplir o encontrar también suboficiales u oficiales de la misma Policía que son

comprados en sus funciones de elaborar informes policiales relacionados con investigaciones preliminares, entre otros múltiples casos.

Todos los comentaristas coinciden en destacar lo complicado o casi imposible que es revertir la mencionada situación policial. Una serie de ministros del interior bien intencionados, a pesar de la voluntad puesta, no han podido alterar esa situación o, peor aún, han sido manchados en su limpia trayectoria profesional.

Frente a este lamentable panorama, vuelve sobre nosotros una serie de preguntas inevitables ¿qué hacer con tanta corrupción policial? ¿Es posible revertir esa situación? Y si esto no es posible, ¿por qué no nos desentendemos del asunto y nos hacemos los de la vista gorda y actuamos como cómplices –activos u omisivos- de la corrupción?

Planteándonos estas inquietudes vino sobre nuestra memoria una

experiencia conocida por todos aquellos que mantienen interés por cómo enfrentar mejor la corrupción. Me refiero a la experiencia, en su momento muy exitosa, de la lucha contra la corrupción en la que en su momento fue la Colonia Británica de Hong Kong. Las coincidencias con nuestra realidad son sorprendentes.

La experiencia de lucha frontal contra la corrupción en Hong Kong empezó como consecuencia de una situación ya intolerable de corrupción del cuerpo policial de dicha gobernación, situación igualmente grave en el resto de la administración pública y en la actividad comercial privada. Se trataba de una corrupción endémica de más de siglo y medio de registro. Según la especialista Melanie Manion, de 1952 a 1973, “las denuncias de corrupción policial superaron a las denuncias hechas contra todos los demás departamentos gubernamentales juntos”¹.

¹ MANION, Melanie. *La experiencia de Hong Kong contra la corrupción. Algunas lecciones importantes*. En: Nueva Sociedad N° 145, Septiembre-Octubre 1996 .pp. 126-137. Disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/2537_1.pdf

Pero el detonante que determinó la implementación de todo un sistema especial de combate a la corrupción lo constituyó el caso de Peter Godber. Este funcionario era miembro de la policía de Hong Kong desde 1952, alcanzando en 1973 un cargo de elevado rango. Por muchos años había aceptado sobornos de oficiales que eran sus subordinados, quienes eran jefes y organizadores de la corrupción policial sectorizada.

En abril de 1973, las autoridades acopiaron informes que Godber había enviado grandes sumas de dinero al exterior y se determinó que se encontraba en posesión de más de UK\$ 1 millón (dólares de Hong Kong)². Frente a las investigaciones que se le efectuaban el referido funcionario logro huir y asentarse en el Reino Unido. La sensación de impunidad fue generalizada en toda la población, originado una crisis de gobernabilidad.

Es entonces que el Gobernador de Hong Kong, luego de reconocer la gravedad y extensión de la corrupción en sus diversas instituciones gubernamentales, impulsó decididamente la creación de una entidad especializada e independiente con fuertes poderes de investigación y

persecución de la corrupción, pero también de prevención de la misma y promoción de una cultura de probidad e integridad: la Comisión Independiente contra la Corrupción (ICAC).

Esta institución mostró, a través de la investigación, detección y sanción de los “peces gordos de la corrupción”, un compromiso creíble de los líderes del gobierno en la erradicación de la corrupción. Esto sirvió de plataforma para revertir, por medio de políticas educativas agresivas y mediáticas, la cultura de la corrupción en Hong Kong.

Si por cultura de la corrupción se entiende a la situación en la que “el ciudadano común de un país suele concebir la corrupción como un rasgo típico del mundo que conoce y en el que vive”³, esta fue cambiando hasta lograr confiar sustancialmente más en la Policía y en el ICAC. Durante la década del 70 y los años 80 Hong Kong experimentó una situación en la que se percibía a la corrupción oficial como inusual u ocasional.

Lamentablemente la situación de la corrupción en Hong Kong se ha recrudecido, sin embargo tal situación resulta explicable en gran me-

da por el nuevo contexto político social que le toca enfrentar como Región Administrativa Especial de China Popular.

El brevísimo recuerdo de esta experiencia asiática no tiene otro propósito que preguntarse si un organismo como la Comisión Independiente contra la Corrupción (ICAC) de Hong Kong es posible de implementar en el Perú, al menos como plan piloto encargado de combatir la corrupción en la Policía Nacional, para luego extenderla a toda la administración pública.

Y si esto no fuera posible, tal vez los poderes de los que gozaba el ICAC puedan ser implementados en la Defensoría del Pueblo, institución pública que goza desde su creación con legitimidad y una mejor reputación que todas las demás instituciones públicas. Seguro que algunos breves cambios de orden constitucional y legal tendrán que hacerse a fin de retirarle toda competencia de investigación en materia de delitos de corrupción de funcionarios a la Policía Nacional. El fin por alcanzar en algún tiempo un estado íntegro y libre de corrupción justifica la necesidad de tales cambios normativos.

² *Idem.*

³ *Idem.*



POLICIA
NACIONAL

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Municipalidad distrital de Chilca – Malversación de fondos y estado de necesidad

Por **Julio Rodríguez**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

El 23 de enero de 2013 la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia en el recurso de nulidad 4009-20111 interpuesto por el procurador público de la municipalidad de Chilca contra diversos funcionarios de la entidad edil de dicho distrito.

La sentencia en comentario declaró nula la resolución que absolvió al ex alcalde, y los demás ex funcionarios de la Municipalidad de Chilca, de la acusación fiscal por el delito de malversación de fondos público. En consecuencia, ordenó se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado.

Ahora bien, dicho proceso penal versaba sobre los siguientes hechos: el 27 de diciembre de 2002 los miembros del Consejo Municipal en mayoría aprobaron ilegalmente un préstamo interno inicial de doscientos mil nuevos soles, ampliado adicionalmente el 28 de diciembre a doscientos setenta mil nuevos soles.

Ese dinero fue tomado de la partida del canon minero (a pesar de que la Ley del Canon, la Ley Orgánica de las Municipalidad y Dcreto Supremo 88-95-EF lo prohíben) para solventar los siguientes gastos corrientes: remuneración de personal activo, pensiones, remuneración de personal cesante, beneficios sociales y dietas para los regidores desde octubre a diciembre de 2002.

Teniendo ello en cuenta, se analizara dos puntos clave de la sentencia: i) el bien jurídico del delito de malversación de fondos; ii) el estado de necesidad en el delito de malversación de fondos. En adelante los extractos

más relevantes de la resolución.

Extractos relevantes

“Lo expuesto prueba la realidad de (i) una sesión irregular con incorporación de montos luego de la sesión de veintisiete de diciembre de dos mil dos; (ii) la realización de un préstamo interno prohibido pro la ley al tomar recursos del canon minero; (iii) la aplicación de esos fondos fue definitiva: se pagaron remuneraciones, pensiones, beneficios sociales y dietas, y además el préstamo nunca se pagó (...) y (iv) el entorpecimiento del funcionamiento de la Municipalidad, pues no se ejecutaron los compromisos programados para inversiones y se pagaron deudas que debían pagarse por las fuentes de financiamiento del canon”.

“Que la absolución se sustenta en la invocación del tipo negativo o causa de justificación prevista en el artículo 20°, inciso 4, del Código Penal: estado de necesidad justificante. Es cierto que es posible alegar en delitos contra la Administración Pública el estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor, pero la interpretación de sus alcances –por su excepcionalidad, más aun tratándose de agentes públicos- debe ser, en esta materia, restrictivamente contemplado; y, sus presupuestos, probados acabadamente.”

“La simple alegación de falencia de liquidez de

la Municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios de prueba idóneos”

“No es obstáculo apelar al estado de necesidad justificante cuando concurra provocación imprudente derivada de una ineficiente gestión pública. Empero, debe acreditarse la inevitabilidad del mal causado; esto es, que no quede otro recurso a la Administración Municipal –a sus agentes responsables- que acudir a la comisión de un delito de malversación y no a otro medio lícito o ilícito –pero penalmente atípico- a su alcance para salvar el bien jurídico en peligro”

Comentario Jurisprudencial

Malversación de fondos: Bien jurídico y desvalor de resultado

El delito de malversación de fondos se encuentra tipificado en el artículo 389° del Código Penal de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido (...)”

En el presente apartado analizaremos tres elementos de este delito: el bien jurídico específico, su naturaleza como delito de peligro y el desvalor de resultado del mismo.

En primer lugar, el delito de malversación de fondos, al ser un delito contra la administración pública, tiene como bien jurídico general el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, entendido este como los servicios públicos brindados por el aparato estatal con la finalidad de permitir a los ciudadanos el acceso a sus derechos fundamentales.

Ahora bien, la afectación al correcto y normal funcionamiento de la administración pública se manifiesta

de manera inmediata en algún aspecto de ella. En este sentido, es necesario indagar cuál el aspecto de la administración que la conducta del delito de malversación ataca en concreto¹. Dicho con otras palabras, hay que distinguir cuál es el objeto del bien jurídico directamente atacado (o bien jurídico específico²).

En este orden de días, consideramos que la malversación de fondos afecta la legalidad presupuestal de los servicios públicos³.

En otras palabras, la aplicación funcional y correcta de los fondos públicos⁴ en los servicios públicos brindados a favor de los ciudadanos.

En segundo lugar, conviene señalar que el delito de malversación de fondos es un delito de peligro, toda vez que debilita las condiciones que garantizan que la administración pública se desarrolle de forma correcta y normal.

En este punto cabe recordar que los delitos de peligro, a diferencia de los delitos de lesión, se caracterizan porque el hecho sólo supone una amenaza intensa para el objeto de la acción⁵. En este sentido, el profesor Terradillos afirma lo siguiente:

“En la medida en que la creación de peligro supone aminoración de las condiciones de seguridad en que se encuentra un determinado bien jurídico (o el objeto en que se materializa un bien jurídico), concurrirán en el delito de peligro tanto un resultado jurídico-afectación al bien jurídico imprescindible de toda infracción criminal- como un resultado fáctico-alteración del mundo exterior (...)”⁶.

Ahora bien, el delito de malversación de fondos constituye, a nuestro juicio, un delito de peligro concreto. En este punto, es importante recordar que los delitos de peligro concreto se caracterizan por afectar intensamente las condiciones de seguridad de un bien jurídico hasta el punto de colocar a éste en una situación próxima a la lesión⁷. En tal sentido, el delito de malversación implica dejar al correcto funcionamiento de la admi-

¹ Cf. Cf. ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*. Lima: Palestra, 2003. p. 18

² Cf. *Ibidem*.

³ Ejecutoria suprema emitida el 23 de enero de 2003/ Exp. 3630-201. Así también: ejecutoria suprema emitida el 10 de noviembre de 1997/ Exp. 3923-96.

⁴ Cf. MONTOYA, Yvan y otros. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: Idehpu-cp, 2013. p. 92.

⁵ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997. p. 336.

⁶ Cf. *Ídem*. p. 146.

⁷ Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Peligro abstracto y garantías penales*. En: TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Sistema penal y Estado de Derecho*. Lima: ARA, 2010. p.2010. p. 155.



nistración pública en una situación próxima a la lesión

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, podemos abordar al último tema de este acápite: en qué radica el peligro creado a través de esta conducta típica, o lo que es lo mismo, en qué radica el desvalor de resultado del delito de malversación de fondos.

En nuestra opinión, el desvalor de resultado de este delito queda expresado en la frase “afectando el servicio o función encomendada” presente en el tipo penal. En otras palabras, preguntarnos por el desvalor de resultado equivale a preguntarnos por el significado de “afectación al servicio o función encomendada”.

Alguien podría pensar que la afectación a la que se refiere el Código Penal supone un menoscabo o perjuicio cuantificable en el patrimonio público. Sin embargo, creemos que lo señalado por la Corte Suprema en la sentencia en comentario nos permite negar esta posibilidad. En tal sentido, la Sala Penal Transitoria señala lo siguiente:

“lo expuesto prueba (...) (el) entorpecimiento del funcionamiento de la Municipalidad, pues no se ejecutaron los compromisos programados para inversiones y se pagaron deudas que debían pagarse por las fuentes de financiamiento del canon”.

En nuestra opinión, lo dicho por la Sala Transitoria de la Corte Suprema nos lleva a decir que la puesta en peligro del bien jurídico (desvalor de resultado) no radica en el perjuicio económico efectivo cuantificable (el cual pueda darse o puede no darse) sino en el entorpecimiento del funcionamiento de los servicios públicos.

Sin perjuicio de lo antes dicho, consideramos que la afectación al patrimonio público importa, pero no como criterio de perjuicio cuantificable, sino como criterio funcional. ¿Cómo se entiende el patrimonio público en sentido funcional? El menoscabo de la aptitud en el tiempo oportuno de los recursos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados⁸.

En este sentido, los estándares administrativos que delimitan el fin del gasto público equivalen a condiciones de seguridad que garantizan la funcionalidad del patrimonio público; por tanto, la aplicación pública diferente de los caudales públicos podrá suponer el peligro al bien jurídico aun cuando no se observen pérdidas cuantificables en el erario público⁹.

En conclusión, estamos ante un delito de peligro concreto cuyo desvalor de resultado radica en el quebrantamiento de los estándares administrativos que garantizan la finalidad de los bienes o del dinero desviado por el funcionario público.

Estado de necesidad justificante

Como se ha dicho anteriormente, la defensa de los funcionarios públicos señaló que los acusados obraron de acuerdo al estado de necesidad. Dicho elemento de la antijuricidad está descrito en el Código penal de la siguiente forma:

“El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. *Cuando de la apreciación de los bienes jurídico en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y*
2. *Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”*

El análisis del estado de necesidad nos obliga a identificar el fundamento de dicha institución jurídico penal. En este sentido, y de acuerdo a la posición mayoritaria, consideramos que el estado de necesidad se fundamen-

⁸ Cf. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y Xavier ETXEBARRIA. *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 107.

⁹ Cf. CHAN JAN, Rafael. *El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia*. En: MONTTOYA, Yvan (Coordinador). *Estudios Críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: Idehpucp, 2012. p. 125.

¹⁰ Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2009. p. 549.

ta en el interés preponderante¹⁰.

¿Qué significa ello? De acuerdo al profesor Molina Fernández, el interés preponderante es la expresión de que los conflictos de intereses en el seno de un sistema jurídico deben resolverse a favor de los intereses preponderantes conforme a las valoraciones de dicho sistema jurídico¹¹.

Teniendo ello en cuenta, lo protegido no podrá limitarse a un bien jurídico sino que deberá abarcar cualquier interés protegido por nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, existen varios tipos de intereses. En el presente comentario buscamos analizar el estado de necesidad que protege intereses colectivos. ¿Qué es un interés colectivo? De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, un interés colectivo se define de la siguiente manera:

“Los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos, cuyos miembros suelen ser fácilmente determinables. Estos pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí, o con la parte contraria, debido a una relación jurídica base.”¹²

En el caso concreto, los intereses en el cumplimiento de las remuneraciones, pensiones y beneficios sociales representan intereses colectivos en tanto que pertenecen a un grupo de trabajadores determinados que tiene (o tuvo) una relación laboral con la Municipalidad.

Lo descrito hasta aquí nos permite plantearnos la pregunta central de esta acápite ¿es posible el estado de necesidad frente a amenazas contra intereses colectivos?

Alguien podría pensar que nuestro Código penal no permite la existencia de este tipo de estados de necesidad, toda vez que dicho cuerpo normativo hace mención a la vida, la integridad corporal y la libertad como bienes jurídicos protegidos por el estado de necesidad.

Sin embargo, el artículo 20° inciso 4) del Código Penal no da una lista cerrada de los bienes jurídicos e inte-

reses que pueden ser materia de defensa por parte del estado de necesidad, sino que manifiesta una lista casuística y abierta de dichos intereses jurídicos.

En síntesis, nuestro ordenamiento jurídico penal permite la existencia de estados de necesidad frente a amenazas contra intereses de naturaleza colectiva. En este orden de ideas, el profesor Claus Roxin señala lo siguiente: *“En principio también son susceptibles de estado de necesidad los bienes jurídicos de la comunidad”*¹³.

Sin perjuicio de lo antes dicho, la doctrina ha reconocido que existe, al menos, una razón que hace poco probable que suceda, en el plano real y no teórico, un estado de necesidad en defensa de intereses colectivos. En tal sentido, el profesor Roxin señala lo siguiente:

*“(…) en la práctica sólo en raras ocasiones se planteará un estado de necesidad justificante a favor de bienes jurídicos de la comunidad. Primero, porque en la mayoría de los casos se podrá hacer frente al peligro de otro modo”*¹⁴.

Lo dicho por el profesor alemán es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que el código penal exige que no haya un modo menos lesivo para evitar el mal amenazado¹⁵. En este sentido, nuestro sistema penal reconoce la llamada clausula de subsidiariedad.

De acuerdo al profeso Baldo Lavilla, dicho principio exige que de existir múltiples alternativas de acción con posibilidad de salvaguarda, el sujeto deberá seguir las siguientes reglas¹⁶:

1. Si existen múltiples alternativas de salvación con análogas posibilidades de salvación es exigible optar por la menos lesiva
2. Si existen múltiples alternativas de salvación con diverso grado de salvación se podrá operar de la siguiente forma
 - Si la alternativa que presenta mayores posibilidades de salvación es el menos lesivo optará por él.
 - Si existen varias alternativas que presenta posibilidades de salvación semejante se optará por

¹⁰ Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2009. p. 549.

¹¹ Cf. MOLINA FERNANDEZ, Fernando. *El estado de necesidad y justificación penal: ¿Es ilícita en situaciones extremas?*. Bogotá: Ibañez, 2008. p. 34

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional del 9 de abril del 2010. Exp. 04611-2007-PA/TC. Fundamento 23.

¹³ Cf. ROXIN, Claus. *Ob. Cit.* p. 676.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Ob. Cit.* p. 446.

¹⁵ Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* p. 553.

¹⁶ Cf. BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1994. pp. 151-152.

- el menos lesivo optará por él
- Si la alternativa que presenta mayores posibilidades de salvación es el más lesivo optará por él, siempre que ello represente un incremento e inequívoco relevante de la posibilidad de salvación
- Si todos los medios son igualmente lesivos y presentar la misma idoneidad, se podrá elegir cualquiera

De las reglas expresadas, se puede concluir que en la mayoría de casos el sujeto podrá utilizar mayormente un procedimiento institucionalizado de acuerdo a Derecho¹⁷ que le permita salvar otros intereses colectivos sin necesidad de lesionar bienes jurídicos relevantes

¹⁷ Cf. Ídem. p. 152.

(como el caso del correcto y normal funcionamiento de la administración pública) y que, sólo en casos extremos, inminentes y poco probables, podrá operar de acuerdo el estado de necesidad en defensa de intereses de este tipo.

En resumen, consideramos que la sentencia en comentario acierta en reconocer que es posible la existencia de un estado de necesidad que defienda intereses colectivos.

Sin embargo, ello exige la prueba del peligro actual e inminente, además de la inexistencia de una alternativa menos lesiva y con igual o mayor posibilidad de salvación.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Miguel Chehade Sentencia del Tercer Juzgado Unipersonal de Lima recaída en el Expediente N° 00034-2012-7-1826-JR-PE-03

Por **David Torres Pachas**
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

La presente sentencia trata el caso del Señor Miguel Chehade Moya (hermano del entonces segundo vicepresidente de la República), a quien se le imputa la comisión del delito de cohecho activo genérico. Según la imputación fiscal, Miguel Chehade habría ofrecido a Eduardo Guillermo Arteta Izarnótegui, General de la Policía Nacional del Perú, y Jefe de la Dirección Territorial de Lima Norte, el apoyo logístico, un ascenso e incentivos a los efectivos policiales que participan en la ejecución de un desalojo en favor de la empresa azucarera Andahuasi¹.

Dicho ofrecimiento se dio en el marco de la reunión realizada el día 04 de octubre de 2011 en un restaurante del distrito de Miraflores y en la que también participaron los generales de la Policía Nacional del Perú, Abel Gamarra (Jefe de la Dirección Territorial Policial Tumbes), Raúl Salazar (Jefe de la Dirección Territorial Policial Lima Sur), así como el señor Miguel León Barandiarán (amigo de Miguel Chehade) y Omar Chehade, congresista y exvicepresidente de la República.

¹ Segundo Juzgado Civil Transitorio de Chiclayo. Resolución N° 9 recaída en el Expediente N° 6609-2009-0-1706-JR-C1-2 del 30 de junio de 2011.

A continuación, los fragmentos más relevantes de la sentencia:

45. (...) en el presente caso, se tiene la presencia de un agente, como el acusado, que ofreció a un funcionario público, el entonces general Arteta Uzarnótegui, Director de la DIRTEPOL Lima Norte, una ventaja o beneficio para que realice actos propios del cargo, como la ejecución de un desalojo en las instalaciones de la cooperativa Andahuasi y su entrega al gerente general de la empresa Agraria Azucarera Andahuasi SAA., jurisdicción que se encontraba bajo la competencia funcional de la DIRTEPOL Lima Norte referida como toda la jurisdicción ubicada al norte del Río Rímac).

Debiéndose precisar que respecto al ofrecimiento de “apoyo logístico”, comprendido como “traslado de personal, caballería y adquisición de bombas lacrimógenas”, propiamente no constituye un beneficio o ventaja, sino el ofrecimiento de los recursos materiales necesarios para la operación; lo que sin tener relevancia jurídico penal, sí constituye un ofrecimiento de reproche social y ético, por cuanto se trata de la institución policial, que se abastece de los recursos estatales y no requiere de apoyo logístico por terceros.

Teniéndose que la postura en la que se ubica el acusado, el tipo de ofrecimiento ilícito, incentivos económicos a los jefes policiales que participan en el operativo y el señalado ascenso, que se ubica potencialmente en la jerarquía máxima de un miembro de la Policía Nacional del Perú, referido como el cargo de Teniente General y Director de la Policía Nacional del Perú, serán analizados posteriormente.

49.4. Por la naturaleza de la acción, el contenido de la imputación trata de un evento de suma gravedad, pues no se está frente a un ofrecimiento a funcionario público para que realice actos propios de función, cuyo radio de acción sea un ámbito local o comunitario, sino que se tratan de un alto mando de la Policía Nacional cuya competencia funcional es amplia desde el ámbito territorial; además de tenerse al acusado en una situación de vínculo familiar con un alto funcionario del Estado Peruano.

49.5. Asimismo, debe tenerse en cuenta que si bien se ha demostrado en juicio un interés del acusado en la temática del desalojo en la cooperativa Andahuasi; sin embargo resulta evidente para la Juzgadora, que dicha persona no tenía poder funcional como para disponer un ascenso institucional, ni poder económico (conforme refirió la actividad comercial que realizaba en octubre de 2011), como para cubrir incentivos económicos a jefes policiales entre otros gastos resultantes de un operativo de desalojo de magnitud; lo que denota una postura de intermediación, y por ende una situación atenuante en su caso.

49.6. Así también, debe señalarse que conforme a la descripción típica del delito cometido, no se está frente a un acto efectivo de entrega de beneficio económico como dinero; tampoco de un acto de promesa que implica mayor concreción en las condiciones y circunstancias de favorecimiento, sino en un acto de “ofrecer” ventaja o beneficio a un funcionario público, como los incentivos económicos a jefes policiales y un ascenso al general Arteta Izarnótegui; por lo que sin dejar de lado la efectiva comisión del delito, es un factor atenuante a tenerse en cuenta.

52. En relación a la pena principal de Inhabilitación, conforme a lo señalado en el artículo 36°, inciso 2) del Código Penal, respecto a la declaración de incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, debe ser impuesta al acusado, teniéndose los mismos fundamentos esgrimidos en el análisis de determinación de pena privativa de libertad (fundamento 49 con sus respectivos acápite); teniéndose que el plazo de la misma, conforme a los parámetros señalados en el artículo 38 del Código Penal, deba ser determinado en el mismo quantum al de la pena privativa de libertad, esto es, tres años; por lo que corresponde la declaración de incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público para el acusado por dicho plazo (...)

Comentario Jurisprudencial

La comisión del delito de cohecho activo en el caso Miguel Chehade

Los delitos de cohecho sancionan la compra de la fun-



ción pública. Se tratan de tipos penales que sancionan a los funcionarios públicos que reciben, aceptan o solicitan algún donativo, promesa o ventaja, ya sea para actuar conforme a sus funciones o para ir en contra de ellas (cohecho pasivo impropio y propio, respectivamente).

Sin embargo, los delitos de cohecho también regulan el comportamiento de aquel que entrega, ofrece o promete dichos beneficios al funcionario público (cohecho activo) para que actúe en cualquiera de los dos sentidos mencionados².

Es precisamente en este segundo grupo de cohechos en el que se subsumiría el comportamiento de Miguel Chehade Moya. En concreto, se acusa a Miguel Chehade (hermano del entonces segundo vicepresidente de la República) de haber realizado un conjunto de ofrecimientos al General Arteta Izarnótegui (General de la Policía Nacional del Perú, y Jefe de la Dirección Territorial de Lima Norte) en relación con la ejecución de un desalojo en favor de la azucarera Andahuasi, durante la reunión realizada el día 04 de octubre de 2011.

Debemos destacar al respecto que la sentencia reconoce la especial gravedad de esta situación, habida cuenta que no se trata de cualquier funcionario a quien se le realiza los ofrecimientos sino a uno de la más alta jerarquía institucional.

Según las propias palabras del general Arteta, Miguel Chehade habría señalado que

“estaban en condiciones de poder sufragar los gastos que ocasione el traslado del personal, el empleo de la caballería, la compra de material lacrimógeno, un incentivo económico al personal que participa en la operación (...) para todos los jefes de la policía y para el que habla, inclusive me habló de un ascenso”³.

Todo ello sería para que el general Arteta cumpla con realizar el desalojo en la cooperativa Andahuasi.

De lo señalado por el General Arteta, podemos distinguir tres planteamientos⁴. En primer lugar, el referido a los implementos necesarios para la ejecución del desalojo (gastos de traslados, compra de materiales, etc.).

Por otro lado, el ofrecimiento de un incentivo económico a los efectivos que participen en el operativo. Finalmente, la promesa de ascenso al General Arteta.

Esta división es necesaria a efectos de precisar cuáles de ellos son realmente idóneos para intentar contra la gratuidad de la función pública (bien jurídico específico que protege el delito de cohecho activo) y ello en cuanto, como bien se señala en la sentencia, el primer ofrecimiento carece de relevancia penal.

Con respecto a la posibilidad de sufragar los gastos del operativo, consideramos que se trata del ofrecimiento

² De esta manera, pueden distinguirse dos bienes jurídicos protegidos en los delitos de cohecho: (i) la imparcialidad de la función pública, y (ii) la gratuidad de la misma. Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yván, y otros. *Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP, 2013. Pp. 80-82.

³ Punto 40 de la sentencia.

⁴ A lo largo de la sentencia se especifican las razones en virtud de las cuales se ha considerado como ciertas las afirmaciones vertidas por el General Arteta.

de una ayuda indispensable para el cumplimiento de las funciones de la Policía Nacional del Perú.

Se trataría de un caso de auxilio al funcionario⁵, es decir, de aquellos supuestos en donde se justifica tal conducta en la medida que el funcionario no cuenta con los medios necesarios para el ejercicio de sus competencias, situación que bien puede predicarse respecto de la Policía Nacional del Perú, tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del desalojo a realizarse.

Debe recordarse que en los delitos de cohecho es necesario que los medios corruptores “*estén vinculados a actos que quiebren o intenten quebrar la corrección, profesionalismo e integridad de los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones*”⁶. El apoyo logístico para la realización del operativo, carecería de ese vínculo indispensable⁷.

Con respecto al segundo grupo de ofrecimientos (incentivo económico y ascenso al grado superior jerárquico) si consideramos que se tratan de medios corruptores lo suficientemente idóneos y con relevancia penal.

Tomando en cuenta que los medios corruptores deben tener el “*poder objetivo para mover o motivar la voluntad y los actos del funcionario o servidor hacia una conducta deseada y que resulta provechosa para el que otorga o promete*”⁸, el beneficio económico de un incentivo y la ventaja que representa un ascenso, tendrían la entidad suficiente para atentar (en este caso) contra la gratuidad o no venalidad de la función pública.

Complicidad en el delito de cohecho:

Una cuestión que surge del texto de la sentencia es sobre la eventual participación de Omar Chehade Moya (hermano del condenado), congresista de la República y hasta entonces, vicepresidente de la República del Perú, en los hechos materia de investigación.



Y ello en cuanto, en reiteradas oportunidades, la Sala hace especial referencia al vínculo familiar existente entre el acusado y Omar Chehade, en el sentido de que este vínculo habría sido relevante para que Miguel Chehade pudiera reunirse con el General Arteta y otros altos mandos de la Policía Nacional del Perú⁹.

Como acertadamente reconoce la sentencia, Miguel Chehade solo habría sido un intermediario en el ofrecimiento, ya que no tenía los recursos ni el poder suficiente para hacer viable el reparto de incentivos, y menos aun, el ascenso para el General Arteta (hecho que el propio juzgado valora como una atenuante para Miguel Chehade). ¿De quién era intermediario el Señor Miguel Chehade?

De aquí que nos cuestionemos si Omar Chehade pudo o no ser incluido en la investigación como cómplice en el delito de cohecho activo cometido por su hermano.

En ese sentido, debemos tomar en cuenta el contexto en el que se dio el ofrecimiento. Este se realiza en una reunión en la que participaron el vicepresidente de la República y generales de la Policía Nacional del Perú, contexto en el cual puede cuestionarse la presencia de Miguel Chehade y su amigo León Barandiarán. ¿Qué comportamiento habría realizado Omar Chehade para ser considerado como cómplice de su hermano?

Desde nuestra posición, consideramos que colaboró creando las condiciones necesarias que le permitirían a Miguel Chehade tener una conversación de manera directa con el General Arteta y otros funcionarios responsables y de alto rango de la Policía Nacional.

La sola presencia de Omar Chehade en la reunión, no

⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003. P. 476.

⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007. P. 637.

⁷ De esta manera, coincidimos con Manuel Abanto Vásquez cuando señala que “no habrá acto de corrupción cuando, p.ej., el administrado ofrezca una ayuda indispensable al funcionario para que este pueda cumplir con su función. P. ej., si el funcionario no puede movilizarse al lugar de los hechos y el particular paga el servicio de taxi o lo lleva en su propio automóvil”.

⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. Cit.* P. 471. El subrayado es nuestro.

⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. Cit.* P. 638.

Basta con revisar los siguientes fragmentos de la sentencia que comentamos:

solo haría viable la conversación, sino que además, aseguraría la “seriedad” de los ofrecimientos. Por otro lado, causa especial sospecha que Omar Chegade no haya cuestionado, impedido o corregido a su hermano durante la reunión (o por lo menos, no se desprende de los testimonios recogidos).

De esta manera puede justificarse reiterar el pedido al Congreso de levantar las prerrogativas del congresista Chegade a fin de continuar con las investigaciones sobre su eventual participación en la comisión del delito.

¿Se cometió el delito de tráfico de influencias?

En este punto es necesario destacar que Miguel Chegade no tenía ningún vínculo con el Grupo Wong, por lo que, en teoría, Miguel Chegade, no tendría ningún interés particular para *motu proprio*, tratar de interceder en favor de dicho consorcio en el desalojo de Andahuasi.

Cabría preguntarse entonces si existiría algún nexo o comunicación previos a la reunión entre Chegade y algún representante del consorcio, a fin de abordar el tema.

De corroborarse los hechos, los representantes del grupo Wong bien pudieron ser incluidos en el proceso como instigadores en el delito de tráfico de influencias, aprovechando las influencias que tendría Miguel Chegade en su calidad de hermano de un congresista y vicepresidente.

Con respecto a Omar Chegade, sin embargo, no podría afirmarse que existen evidencias suficientes que acrediten que haya invocado influencias frente a su hermano, de tal manera que él pudiera influir sobre el General Arteta en la reunión.

Sobre la pena de inhabilitación:

La sentencia condena a Miguel Chegade a tres años de

pena privativa de la libertad (efectiva) y a tres años de inhabilitación para ejercer cargos públicos.

Con respecto a la pena de inhabilitación, la sentencia señala que

“el plazo de la misma, conforme a los parámetros señalados en el artículo 38 del Código Penal (sic), debe ser determinado en el mismo quantum al de la pena privativa de libertad, esto es, tres años; por lo que corresponde la declaración de incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público para el acusado por dicho plazo”. (el subrayado es nuestro)

Sin embargo, es necesario precisar que ello no es exacto ya que, en primer lugar, se trata de una pena de inhabilitación principal que se extiende (hasta el momento de los hechos) entre los seis meses y cinco años.

Por otro lado, es incorrecto señalar que cuando el artículo 39 del Código Penal indica que la pena de inhabilitación accesoria se extiende por el mismo periodo que la principal se entienda que deba ser igual al quantum de la pena privativa de la libertad.

Debemos afirmar al respecto que, según el Acuerdo Plenario 2-2008,

“el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes.

En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años” (el subrayado es nuestro).

Por lo tanto, el referente debe ser la pena de inhabilitación principal, mas no la pena privativa de la libertad.

43.2b. La presencia en la reunión del restaurante Brujas de Cachiche de dos personas no funcionarias públicas, el testigo León Barandiarán y el acusado Miguel Chegade Moya, que no tienen injerencia funcional o policial en una reunión de altos mandos policiales y un vicepresidente y congresista de la República; civiles que tienen entre sí un contacto amical, y además que uno de ellos (el acusado) tiene contacto o vínculo familiar con el alto funcionario presente en la reunión (su hermano).

43.2.c. (...) el acusado Miguel Chegade coordinó una convocatoria para una reunión promovida por un alto funcionario público (su hermano, el congresista y entonces Vicepresidente de la República), convocatoria que alcanzó a altos mandos policiales vinculados a una jurisdicción en concreto, Andahuasi (...)

49.4. Por la naturaleza de la acción, el contenido de la imputación trata de un evento de suma gravedad, pues no se está frente a un ofrecimiento a funcionario público para que realice actos propios de función, cuyo radio de acción sea un ámbito local o comunitario, sino que se trata de un alto mando de la Policía Nacional cuya competencia funcional es amplia desde el ámbito territorial; además de tenerse al acusado en una situación de vínculo familiar con un alto funcionario del Estado Peruano.

51. (...) debe señalarse que teniendo en cuenta que el acusado se ha presentado a todas las sesiones de juicio, de forma voluntaria, además que el mismo ha denotado tener arraigo social, sobre todo por su vínculo familiar evidenciado de forma pública precisamente por estos hechos con un actual congresista de la república (...).