

COMENTARIO ACADÉMICO

BREVES APUNTES SOBRE LOS CAMBIOS SUGERIDOS POR LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO PENAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN¹

Por: David Torres Pachas

Investigador del IDEHPUCP y miembro del DEPEC



¹ El presente texto fue previamente publicado en el Boletín Número N° 47 del Proyecto Anticorrupción del Idehpucp (marzo 2015). Disponible en: <http://goo.gl/xvydEq>.

El Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos² que propone la promulgación de un nuevo Código Penal (en adelante, NCP) ha traído consigo una serie de cambios sustanciales alrededor de los temas de la Parte Especial del Código de 1991. Los delitos de corrupción no han sido ajenos a ello, por lo que es necesario revisar cuáles son los cambios más resaltantes que se formulan a efectos de identificar los aspectos que se mantienen, aquello que ha sido objeto de mejoras y, por qué no, plantear algunos cuestionamientos que podrían generarse en su aplicación.

A continuación, realizaremos algunas anotaciones sobre los principales cambios que plantea el dictamen:

a) Abuso de Autoridad (Art. 376/Art. 559 NCP)

Se aprecian dos cambios con respecto al delito de abuso de autoridad. En primer lugar, la referencia al “grave perjuicio a la persona” que exigiría el artículo 559 de la propuesta de nuevo código (en adelante, NCP). La pregunta natural que se desprende es qué debemos entender por grave perjuicio.

Recordemos que el delito de abuso de autoridad se vincula con una situación de especial vulnerabilidad que recae en el particular, ya que se ve compelido a actuar por una orden arbitraria del funcionario público. El fraseo “grave perjuicio” nos lleva a la conclusión de que ciertas órdenes del funcionario podrían generar perjuicios sobre el particular que no tendrían la suficiente gravedad para ser desvaloradas por el Derecho Penal. De ahí que ante tales casos la sanción administrativa será la respuesta para sancionar dichos comportamientos.

De otro lado, se aprecia que tanto en el primer como segundo párrafo del artículo 559 NCP se han elevado sustancialmente las penas. Puede presumirse que lo que busca el legislador sea evitar que el funcionario autor del delito de abuso de autoridad sea sancionado con una pena privativa de libertad suspendida conforme al artículo 51 del Código Penal.

² Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/255560869/Dictamen-Nuevo-Codigo-Penal>. Consulta: 30 de marzo de 2015.

Cabe mencionar al respecto que este cambio se sumaría a lo planteado por la Ley N° 30304, ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de colusión y peculado.

b) Concusión (Artículo 382/Art. 566 NCP)

En lo que se refiere al delito de concusión solo se aprecia un cambio en las consecuencias jurídicas del delito. En primer término, el incremento en el marco de pena abstracta que se eleva a un rango de cuatro a ocho años; en segundo lugar, la referencia expresa al plazo de inhabilitación para ejercer cargo público hasta por veinte años, así como la eliminación de la pena de multa.

El primer cambio respondería a la tendencia legislativa de incrementar el marco de la pena con el propósito de que las sentencias condenatorias sean de prisión efectiva, para así, en teoría, combatir de manera más eficaz a los funcionarios públicos autores de delitos de corrupción. La segunda reforma que plantea el nuevo código, en nuestra opinión, responde a un esfuerzo por dejar en claro a cierto sector de la magistratura que equivocadamente entendía que en los delitos de corrupción la pena de inhabilitación era accesoria, a pesar de que el Acuerdo Plenario N° 2-2008, dejaba en claro su naturaleza de pena principal. Finalmente, intentando esbozar una respuesta a la supresión de la pena de multa, ello tal vez se debería a que el legislador entendió que la reparación civil derivada de los delitos de corrupción podía suplir la necesidad de imponerla.

c) Colusión (Artículo 384/Art. 568 NCP)

Con respecto al delito de colusión, se aprecia un cambio gramatical que era necesario en el primer párrafo del artículo 384, pues el término correcto era “concertar”. Asimismo, se aprecia nuevamente la intención del legislador de elevar el marco de pena abstracta de tal manera que la pena privativa de libertad se aplique de manera efectiva.

Otro cambio que debe tomarse en cuenta es que el artículo 568 relaciona la agravante del delito de colusión con una lesión al patrimonio del Estado. Ello dejaría en claro la naturaleza del perjuicio, ya que con el texto legal

del Código de 1991, había surgido el cuestionamiento sobre dicho aspecto. Esta situación se mantuvo hasta que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2011³, señaló que el perjuicio al que se hacía referencia en el delito de colusión estaba relacionado con el abuso en el ejercicio de la función pública y a los principios que lo informan.

d) Patrocinio Ilegal (Artículo 385/Art. 569 NCP)

El único cambio que se aprecia está en las consecuencias jurídicas del delito de patrocinio ilegal. De esta manera, se incrementa el marco de pena abstracta en sus extremos máximos y mínimos; se deja de lado la pena de prestación de servicios comunitarios, la misma que es reemplazada por el establecimiento expreso de la pena de inhabilitación. Esta última modificación no era necesaria ya que los delitos de corrupción tienen una pena de inhabilitación principal, en concordancia con el artículo 426 del Código de 1991.

e) Peculado (Artículo 387/Art. 571 NCP)

Pueden apreciarse diversos cambios en el delito de peculado. En primer término,

«es necesario revisar cuáles son los cambios más resaltantes que se formulan a efectos de identificar los aspectos que se mantienen, aquello que ha sido objeto de mejoras y, por qué no, plantear algunos cuestionamientos que podrían generarse en su aplicación.»

³ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>. Consulta: 30 de marzo de 2015.

se retira la referencia a la modalidad culposa del delito, la misma que se regula de manera independiente por el NCP.

De otro lado, se elimina la expresión “para sí o para otro”. En su lugar, se opta por regular la modalidad omisiva del delito. Así pues, ahora no solo se sanciona al funcionario que se apropia o utiliza los fondos públicos que administra, sino también a aquel que permite que otro (funcionario o no) realice dicha conducta con su conocimiento. Ello solo respondería a la necesidad de tratar de abarcar y comprender todas las conductas que podrían subsumirse, dejando de lado el ejercicio interpretativo que toda norma exige.

Además de ello, la propuesta de modificación del delito de peculado contiene un criterio cuantitativo con respecto al valor de los bienes públicos que son materia de apropiación. Debemos advertir que ello no implica que el bien jurídico protegido en el delito de peculado sea el patrimonio, sino que se pretende establecer un criterio que permita aplicar los principios de lesividad, subsidiariedad y última ratio del Derecho Penal en el análisis de los casos concretos. De otra manera, se afirmaría que la apropiación de cualquier monto de los fondos del Estado, por mínimo e irrisorio que fuera, sería suficiente para afirmar la comisión del delito de peculado y aplicar las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, obligando al sistema de justicia a poner en marcha todos sus esfuerzos por procesar al funcionario y a sus eventuales cómplices. Si bien es cierto que todo acto de corrupción debe ser sancionado, dicha sanción también podría ser de naturaleza administrativa.

De lo anterior también se desprende porqué la apropiación de un monto superior a diez unidades tributarias se refleja en un incremento del marco de pena abstracta (no menor de ocho ni mayor de quince años). El valor de lo apropiado no se tomará en cuenta si se tratara de fondos destinados a fines asistenciales.

Además, el monto mínimo no se aplicará para los casos de funcionarios señalados por el artículo 99 de la Constitución. Se entiende que ello se debe a que tales funcionarios se encuentran en los niveles más altos en la jerarquía del Estado, por lo que pueden tener mayores niveles de acceso, decisión, y disponibilidad sobre los recursos públicos.



Además de ello, la propuesta de modificación del delito de peculado contiene un criterio cuantitativo con respecto al valor de los bienes públicos que son materia de apropiación. Debemos advertir que ello no implica que el bien jurídico protegido en el delito de peculado sea el patrimonio, sino que se pretende establecer un criterio que permita aplicar los principios de lesividad, subsidiariedad y última ratio del Derecho Penal en el análisis de los casos concretos.

Foto: ©diariocorreo

f) Peculado culposo (Artículo 387/Art. 572 NCP)

En primer lugar, se observa un cambio en el *nomem iuris* del delito, el cual ahora se denomina “peculado por imprudencia”. Ello deja más claro el comportamiento del funcionario público, pues por falta de diligencia permite que otro se apropie de los caudales públicos. Asimismo, se deja de lado el término “sustracción”, y se indica con mayor precisión que en realidad se trata de actos de apropiación o utilización, y por tanto de una conducta similar a la del autor de peculado.

Se observa además un cambio en una de las penas aplicables, ya que no existe la pena de prestación de servicios comunitarios en la fórmula del NCP. Muy por el contrario, se incrementa el marco de pena abstracta tanto en la modalidad simple como agravada, así como establece la pena de multa e inhabilitación de manera expresa.

g) Peculado de uso (Artículo 388/Art. 573 NCP)

Se aprecia otro cambio en el *nomen iuris*, ya que se opta por denominar a esta modalidad como peculado *por uso*. Se trata pues de una modificación que refleja el propósito de la apropiación de los bienes públicos. Además, se indica que el uso de los instrumentos de trabajo debe afectar la función pública, por lo que se entiende que no cualquier uso ajeno a ésta va a configurar el delito. Será tarea del Poder Judicial establecer criterios de diferenciación.

Así también se tiene que no se ha considerado la utilización de los vehículos motorizados que le son asignados al funcionario público en razón de su cargo como un supuesto atípico. Esta decisión recoge lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04298-2012-PA/TC (caso Roberto Torres, exalcalde de Chiclayo)⁴, pues dichos vehículos también podrían ser utilizados para fines personales, ya sea con el objetivo de usarlos como medio de transporte particular de los familiares del funcionario o para ser utilizados con fines políticos (campañas electorales, etc.).

h) Malversación (Artículo 389/Art. 574 NCP)

En el delito de malversación se aprecia una distinción entre una aplicación definitiva “diferente” y otra “pública y diferente”. La segunda fórmula deja en claro que el uso de los recursos del Estado se da dentro del ámbito de la Administración Pública y no busca satisfacer intereses particulares. Asimismo, se incrementan los rangos de pena abstracta y se considera la aplicación de la pena de inhabilitación. Las críticas sobre esta decisión del legislador son las mismas que señalamos anteriormente.

⁴ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04298-2012-AA.html>. Consulta: 30 de marzo de 2015.

i) Tráfico de influencias (Artículo 400/Ar. 587 NCP)

En el caso del delito de tráfico de influencias puede apreciarse un cambio sustancial, ya que tanto el funcionario o particular que invoca y ofrece sus influencias como el particular interesado son autores del delito de manera pasiva o activa respectivamente. Lo único que puede desprenderse de tal consideración es que se eleva a la categoría de autor a aquel que antes era considerado como un cómplice o inductor.

Esta forma particular de regular el delito de tráfico de influencias responde a los cuestionamientos sobre la responsabilidad penal del interesado en este delito y, en general, de los delitos de corrupción que exigen la intervención de más de un sujeto para su configuración. Así pues, de una lectura restrictiva del artículo 400, se entendía que el interviniente no podía ser considerado como cómplice, pues el delito haría referencia expresa a aquel que invoca las influencias; sin embargo, queda claro que el particular colabora con la afectación del bien jurídico protegido por dicho delito, por lo que no existiría mayor inconveniente para calificar su intervención como la de un cómplice. A pesar de dicho argumento, la propuesta ha optado por construir un nuevo delito.

Finalmente, puede observarse que se deja de lado la referencia al contexto particu-

«En primer lugar, se observa un cambio en el *nomem iuris* del delito, el cual ahora se denomina “peculado por imprudencia”. Ello deja más claro el comportamiento del funcionario público, pues por falta de diligencia permite que otro se apropie de los caudales públicos.»

lar de un caso judicial o administrativo sobre el cual se requiere o solicita el uso de las influencias. En su lugar, se ha decidido que dichas influencias puedan ser ejercidas sobre cualquier funcionario público, sin importar el tipo de funciones que realice.

j) Enriquecimiento Ilícito (Artículo 401/Ar. 589 NCP)

Se aprecia un cambio gramatical, pues se reemplaza el término “incrementar” por el de “enriquecerse”. La necesidad del cambio se justifica puesto que el funcionario no solo se “enriquece” incrementando su patrimonio, sino también reduciendo sus pasivos.

Un cuestionamiento que puede realizarse de la lectura del artículo 589 NCP es que parece afirmar que la investigación por dicho delito solo puede realizarse hasta cinco años después de que el funcionario dejó el cargo, lo cual sería contradictorio con el plazo de prescripción ordinario. Según este último, todo delito prescribe cuando haya transcurrido el plazo máximo de pena abstracta que prevé el delito. En este caso particular, luego de diez años.

De otro lado, también se establece un deber sobre el funcionario público: justificar su enriquecimiento. Esta disposición, lejos de implicar la inversión de la carga de la prueba durante un proceso penal, en realidad refleja el deber de transparencia que recae sobre los funcionarios públicos.

k) Otros delitos:

En delitos como el Cohecho pasivo propio (Artículo 393/Art. 578 NCP), Cohecho pasivo impropio (Artículo 394/Art. 579 NCP), Cohecho activo genérico (Artículo 397/Art. 583 NCP), Negociación incompatible (Artículo 399/Ar. 586 NCP) solo se aprecian cambios en el marco de pena abstracta, la supresión de la pena de multa y la inclusión expresa de la pena de inhabilitación.