

Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú

**Estudios críticos sobre los
delitos de corrupción de
funcionarios en Perú**

Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú

Editor: Yván Montoya Vivanco

Colaboradores:

Julio Rodríguez Vásquez

Ricardo Santayana Sánchez

Yvana Novoa Curich

Patricia Barrantes Delgado

Corrección de estilo: Rocío Reátegui

Diagramación: Renzo Espinel y Luis de la Lama

Impresión:

GRAFICA DELVI S.R.L.

Av. Petit Thouars N° 2009, Lima 14 – Perú

Teléfono: 471-7744

El IDEHPUCP, creado en el 2004, es el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012
Calle Tomás Ramsey, 925, Lima 17 – Perú.

Teléfonos: (511) 6262000, anexo 7500; 2615859; 4613433

www.idehpucp.pucp.edu.pe

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de esta revista por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en formato impreso en la Biblioteca Nacional del Perú N°. 2012-14937

Índice

Presentación	7
---------------------------	---

Introducción	11
---------------------------	----

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE LA PARTE GENERAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	15
---	----

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad? Raúl Pariona Arana	17
---	----

Prohibición de aplicación de leyes penales inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la lucha anticorrupción José Antonio Caro John	31
--	----

SEGUNDA PARTE

ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE LA PARTE ESPECIAL DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	51
--	----

El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión Yvan Montoya Vivanco	53
---	----

Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional Yvana Novoa Curich y Julio Rodríguez Vásquez	71
--	----

El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad Erick Guimaray Mori	101
--	-----

El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Rafael Chanjan Documet 119

TERCERA PARTE
ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 133

Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria Luis Vargas Valdivia 135

Algunos apuntes sobre la defensa judicial del Estado en el caso Fujimori-Montesinos José Ugaz Sánchez Moreno 145

CUARTA PARTE
OTROS ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA..... 163

La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal Renata Bregaglio Lazarte 165

Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional Luis Huerta Guerrero 185

Colaboradores 221

Presentación

A raíz de la caída del régimen autoritario del expresidente Fujimori en noviembre de 2000, se develó una red de corrupción que había venido actuando sistemáticamente y que involucraba a los más altos funcionarios vinculados a dicho régimen. Ello motivó la creación de un subsistema especializado, el sistema penal anticorrupción, el cual desde entonces ha realizado esfuerzos por investigar, juzgar y sancionar prácticas graves de corrupción cometidas durante dicho período así como aquellas que se han sucedido durante regímenes democráticos posteriores. El balance inicial de la actuación del sistema fue positivo (congresistas de la República, ministros de Estado, generales de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, magistrados de la Corte Suprema y del Ministerio Público, el propio expresidente de la República, empresarios dueños de medios de comunicación, entre otros, fueron sometidos a procesos judiciales y muchos sancionados penalmente). Sin embargo, actualmente el sistema penal anticorrupción evidencia una tendencia regresiva respecto de las actuales investigaciones o juzgamientos de graves delitos contra la administración pública. Evidentemente, aún se aprecian esfuerzos importantes de algunos órganos del sistema, como la Procuraduría Anticorrupción, algunas fiscalías especializadas y determinados órganos del Poder Judicial. Sin embargo, en términos generales, se han producido, en varios casos emblemáticos de corrupción, actuaciones fiscales o judiciales sin la debida fundamentación o con una concepción arbitrariamente hipergarantista que desnaturaliza los principios del proceso y favorece la impunidad de estos casos.

Como consecuencia de lo anterior, el sistema penal anticorrupción ha desarrollado jurisprudencia sumamente interesante que ha suscitado un debate intenso entre los especialistas en derecho penal y los interesados en el control de la corrupción. Incluso el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradas veces sobre el interés y la importancia constitucional de la lucha contra la corrupción.

El IDEHPUCP no ha podido mantenerse ajeno a este proceso de desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia en materia de investigación y juzgamiento de delitos contra la administración pública. Todo lo contrario, ha considerado importante impulsar y mantener una línea de trabajo relacionada con la actuación de estos

órganos del sistema. En este sentido, el IDEHPUCP, dentro de su función de promoción de la vigencia de los derechos humanos y la democracia en nuestro país, ha considerado que la corrupción no solo tiene un impacto político o económico negativo sino que también, y eso es lo más grave, incide en la calidad y cantidad de las prestaciones de servicios públicos, especialmente aquellos que se dirigen a satisfacer diversos derechos fundamentales de los sectores más vulnerables.

Desde enero de 2010, con el apoyo financiero de la Fundación Open Society (OSI), el IDEHPUCP viene ejecutando el Proyecto para el Fortalecimiento del Sistema Penal Anticorrupción (Proyecto Anticorrupción), el cual tiene como uno de sus objetivos principales contribuir con la especialización y entrenamiento de los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público en la comprensión dogmática de delitos tan complejos como aquellos que se dirigen contra la administración pública y su procesamiento. En el marco de este Proyecto, se convocó a diversos especialistas en el área penal, procesal penal y otras disciplinas involucradas en la necesidad de prevenir y erradicar las prácticas de corrupción en el Perú. Dichos especialistas han colaborado con el proyecto mediante la elaboración de breves ensayos desde el enfoque correspondiente a sus disciplinas (especialmente el ámbito penal). En estos ensayos, los autores reflexionan sobre diversos aspectos problemáticos que la normativa penal y procesal penal plantean al sistema penal. De esta manera, el libro que presentamos se encuentra dividido en cuatro partes. La primera se refiere a la parte penal general de los delitos contra la administración pública. La segunda trata sobre la parte especial de algunos delitos emblemáticos de corrupción de funcionarios. La tercera parte está conformada por estudios críticos sobre algunos aspectos procesales de los delitos de corrupción. Y, finalmente, la cuarta parte abarca estudios sobre la prevención y el control de la corrupción pública pero desde una perspectiva diferente al derecho penal. El libro reúne diez trabajos preparados por profesores de Derecho y también por miembros del equipo que conforma el Proyecto Anticorrupción. Los especialistas en Derecho que ha contribuido con ensayos son Raúl Pariona Arana, Renata Bregaglio Lazarte, José Antonio Caro John, Yvan Montoya Vivanco, Luis Vargas Valdivia, José Ugaz Sánchez Moreno, Luis Huerta Guerrero y Erick Guimaray Mori. Asimismo, hemos contado con la colaboración de los bachilleres Yvana Novoa Curich y Rafael Chanjan Document, y del alumno Julio Rodríguez Vásquez, miembros de nuestro Proyecto, quienes han elaborado ensayos vinculados a la tendencia jurisprudencial peruana sobre los delitos de corrupción más emblemáticos: el delito de peculado y de enriquecimiento ilícito.

Quiero agradecer a todos los profesores que han intervenido en esta obra, así como a los miembros del Proyecto por esta importante contribución. Asimismo, agradezco a Patricia Barrantes –quien trabaja en el área de Comunicaciones del IDEHPUCP– por el gran apoyo brindado en el cuidado de la edición e impresión. No puedo dejar de agradecer a la Fundación Open Society (OSI) por haber hecho realidad esta obra y todas las demás actividades del Proyecto.

La relevancia de la lucha contra la corrupción y todo lo que esta implica (investigación, juzgamiento, sanción y reparación) para el fortalecimiento de la plena vigencia de los derechos humanos (sobre todo de los más vulnerables del país) justifica la creación de esta obra. Si con ella podemos coadyuvar a la minimización de la corrupción y la puesta en vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, entonces habrá valido la pena el esfuerzo desplegado durante estos dos años, y este libro no habrá sido escrito en vano.

ELIZABETH SALMÓN GÁRATE
Directora
IDEHPUCP

Introducción

Durante los últimos años, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) ha trabajado en nuevos temas vinculados a su misión original que, recordémoslo, se resume en contribuir a la consolidación del respeto debido a los derechos fundamentales y a la sostenibilidad de la democracia y del Estado de derecho en nuestro país. Uno de esos problemas que hemos comenzado a investigar es el vinculado con la lucha contra la corrupción.

Las razones para abordar este fenómeno son claras pues la corrupción implica un impacto negativo en la consolidación de la democracia, en el respeto a los derechos humanos y, en particular, en la ética ciudadana. Esta clase de prácticas nocivas que se vinculan con la moral pública generan efectos perniciosos en la confianza que los ciudadanos deben tener ante sus autoridades, en todos los niveles e instituciones del Estado, y por ello se hace necesario estudiarlas para así combatir-las.

Hoy la corrupción ya no se percibe solo como un ruido marginal al funcionamiento de los sistemas políticos y de la convivencia entre ciudadanos pertenecientes a la misma colectividad social. Ella es más bien reconocida como una de las principales amenazas a la democracia, pues conspira contra su legitimidad, vulnera el Estado de derecho y afecta el uso de recursos públicos orientados al cumplimiento de derechos o a fines de interés colectivo. Por ello, un acto de corrupción constituye una grave muestra de deslealtad frente a las reglas que debieran regir un comportamiento social honesto, pues supone el aprovechamiento inmoral de lo público para un beneficio privado, acción que es aún más nociva cuando la ejecutan personas que detentan cargos públicos.

Dicha deslealtad implica, ello es evidente, la tergiversación de condiciones mínimas de convivencia, la vigencia de una relación asimétrica entre gobernantes y gobernados y la desconfianza en una legalidad que, siendo ineficaz, puede derivar en falta de credibilidad. Ahora bien, lo más grave es que tales efectos negativos parecen conducir a una actitud perniciosa que se halla caracterizada por la resigna-

ción, el escepticismo y el cinismo frente al marco legal e incluso ante la idea de la honradez como valor indispensable para el ejercicio de la función pública.

Es así que la frecuencia de estos actos y la carencia de sanciones a ellos van debilitando nuestro tejido social y menoscaban el sentido de lo bueno y lo malo, de lo justo y lo injusto, y nos hace cómplices silenciosos de los protagonistas de actos ilícitos e inmorales.

No es novedoso señalar cómo las prestaciones de servicios fundamentales para los ciudadanos –salud, educación, vivienda, seguridad y justicia–, que constituyen también la expresión de derechos fundamentales de los peruanos, se ven alteradas gravemente por este tipo de conducta, que, por desgracia, vive nuestra nación desde su propio nacimiento como República. Es así que no causa extrañeza que se perciba la corrupción como un mal común en la sociedad, que consagra una supuesta eficacia en detrimento de los fines y principios que constituyen las metas que queremos alcanzar. Solo así se explica la admiración y añoranza hacia presidentes abiertamente corruptos en el seno de una comunidad en donde la experiencia de la ley como garante de derechos resulta precaria e inequitativa, al tiempo que a las otras personas no se les considera ciudadanos plenos, sino más bien medios –u obstáculos– para la satisfacción de necesidades o deseos.

Tradicionalmente, cuando se habla de corrupción, se enfatizan los casos específicos que denuncian los medios de comunicación, los que se han convertido en las fuentes principales para conocer la existencia de este tipo de actos delictivos. Creemos que la reflexión y el trabajo en la lucha contra este flagelo debe ir más allá de la natural difusión e indignación que suscitan estos actos. Por ello, desde el IDEHPUCP, consideramos necesario cumplir con un trabajo que trascienda de los titulares cotidianos y permita que los agentes jurídicos, vinculados a procesar este tipo de casos, puedan contar con información y recursos jurídicos pertinentes sobre la materia.

Es por tal razón que, con el apoyo de la Open Society, el IDEHPUCP ha implementado el proyecto «Justicia y Estado de derecho: aportes al fortalecimiento del sistema de justicia penal en materia de lucha contra la corrupción». En el marco de esta iniciativa, se han desarrollado talleres de capacitación en siete regiones del país (Lambayeque, Piura, Arequipa, Junín, La Libertad, Áncash, Cusco y Lima), en los que se han brindado mayores y mejores herramientas a magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial en relación con la investigación y procesamiento penal de delitos contra la administración pública.

Asimismo, al observarse casos de corrupción que tienen repercusión regional y nacional, se ha procurado dotar de información a operadores de justicia y público en general sobre este problema. Debemos anotar que muchos de los datos suministrados por el equipo del proyecto han conseguido alertar sobre los peligros en los que se encontraban algunos procesos judiciales, varios de los cuales, afortunadamente, lograron revertirse.

El presente texto académico expresa pues la conclusión de las actividades del proyecto y contiene por ello una serie de artículos que abordan los aspectos más complejos sobre los diversos tipos penales que se configuran contra la administración pública, así como sobre el concurso de delitos y las reglas de valoración probatoria para la investigación y procesamiento judicial en casos de corrupción. Estamos seguros de que esta publicación será de utilidad para magistrados, abogados y estudiantes de Derecho interesados en el estudio de estas materias.

Con este libro, el IDEHPUCP reafirma su compromiso para continuar contribuyendo, desde la academia, con el combate a un flagelo que amenaza a la democracia, a la confianza frente a las instituciones y al cumplimiento pleno de los derechos fundamentales de todos los peruanos.

SALOMÓN LERNER FEBRES
Presidente Ejecutivo
IDEHPUCP

Primera parte
Estudios críticos sobre la Parte
General de los delitos contra la
administración pública

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?

Raúl Pariona Arana

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un grave problema que enfrentan los Estados. La historia reciente del Perú ha puesto de relieve, de manera dramática, que se trata de un problema latente para nuestra aún incipiente institucionalidad democrática. La corrupción socava la legitimidad del Estado y con ello su fundamento democrático, afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, el patrimonio estatal, el carácter público de la función, la ética en el ejercicio de funciones públicas, con lo cual genera que se inserte en el colectivo social la idea de que la función pública se vende al mejor postor.

Debido a la gravedad del problema, desde hace aproximadamente dos décadas, la lucha contra la corrupción está presente en la agenda política de los Gobiernos y, dada su trascendencia internacional, la comunidad internacional (regional y mundial) ha impulsado la adopción de medidas colectivas para frenar y enfrentar el problema. Así, en 1996 en Caracas (Venezuela), los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) suscribieron la Convención Interamericana contra la Corrupción con el objeto de prevenir, detectar y sancionar la corrupción en la región; y, en el 2003, las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Convención contra la Corrupción en Mérida (México) y presentó, de este modo, una respuesta mundial al problema de la corrupción, con un instrumento en el que se señala expresamente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que estos deben cooperar entre sí para que sus esfuerzos sean eficaces.

Sin embargo, pese al logro de importantes avances en este ámbito, la impunidad de los delitos de corrupción, sobre todo de aquellos ligados al poder, ha sido una

constante. A esta situación contribuyen una serie de factores como la posición económica y social de sus autores, sus conocimientos del sistema de justicia y la consecuente facilidad para evadirla, la posición de poder que ocupan los funcionarios públicos y el despliegue de sus influencias para impedir la investigación de los delitos, entre otras condicionantes. En este contexto, la *impunidad por prescripción* ha cobrado especial relevancia. Es frecuente ver que los procesos penales se ven truncados por imperio de la prescripción, y generan en la sociedad una sensación de impunidad generalizada de los actos de corrupción. Se escucha frecuentemente: «Roban al Estado, dilatan sus procesos y salen libres a disfrutar el fruto de su delito».

Este hecho ha llevado a que diversos sectores de la sociedad, organizaciones, políticos e intelectuales levanten las banderas de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Al ser considerados graves e intolerables, se plantea la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción para de esta manera evitar cualquier límite temporal en su persecución y sanción. El tema ha cobrado tal relevancia que el propio presidente de la República, Ollanta Humala Tasso, en su mensaje de asunción de mando del 28 de julio de 2011, anunció la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

Pero ¿es la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción realmente necesaria (y adecuada) para evitar su impunidad? ¿Es la imprescriptibilidad acaso la única solución al problema? ¿Se ha reparado debidamente en las consecuencias que traería consigo una medida de esta naturaleza? En las páginas que siguen se realiza un estudio de esta problemática, se analiza cómo se viene enfrentando este problema, se evalúa la factibilidad de la imprescriptibilidad y se plantea una propuesta de solución.

Como consideración previa, y antes de pasar a tratar la problemática objeto del presente artículo, debo precisar el concepto de «delitos de corrupción» que empleo en el marco de este trabajo. Es frecuente y extendido referirse a los delitos de corrupción sin precisar el contenido exacto. En estricto, en nuestro ordenamiento jurídico, los delitos de corrupción lo conforman el cohecho, la negociación incompatible, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, en la literatura se observa el uso frecuente y extendido del concepto en un sentido mucho más amplio y genérico que abarca casi todos los delitos contra la administración pública, sin precisar el contenido exacto, lo cual podría llevar a algunas imprecisiones. Sin la intención de agotar en este lugar la discusión sobre el concepto, a

efectos de evitar inexactitudes, y solo en el marco de este trabajo, nos referiremos a los delitos contra la administración pública cometidos con abuso de cargo o función como delitos de corrupción; y, más específicamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos de abuso de autoridad, concusión, peculado y corrupción de funcionarios contenidos en los artículos 376 al 401 del Código Penal.

2. MARCO NORMATIVO ACTUAL SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

2.1. Reglas generales

Las reglas de prescripción aplicables a los delitos de corrupción son las reglas generales aplicables a todos los delitos. En consecuencia, los delitos de corrupción prescribirán en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (prescripción ordinaria según el artículo 80 del Código Penal) o, dadas las circunstancias, cuando el tiempo transcurrido supere en una mitad el plazo ordinario de prescripción (prescripción extraordinaria según el artículo 83 del Código Penal).¹ Así, por ejemplo, en el plazo máximo extraordinario, el delito de abuso de autoridad prescribirá a los seis años, el delito de concusión a los doce años, el delito de colusión a los veintidós años y medio, el delito de peculado a los doce años, el delito de malversación de fondos a los seis años, el delito de cohecho pasivo a los doce años, el delito de cohecho activo a los nueve años, el delito de tráfico de influencias a los nueve años y el delito de enriquecimiento ilícito a los quince años; solo por citar los más importantes delitos de corrupción previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

1 Sobre la regulación nacional y las modalidades de prescripción, cf. HURTADO POZO, José y Víctor Prado SALDARRIAGA. *Manual de derecho penal. Parte General*. Tomo II. Lima: IDEMSA, 2011, pp. 421, 422 y 423; cf. MEINI, Iván. «Sobre la prescripción de la acción penal». En Iván Meini. *Imputación y responsabilidad penal: ensayos de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 277 y 278.

Sin embargo, pese a que los plazos de prescripción no son tan breves (debido a que las penas para los delitos de corrupción no son tan benévolas,² como de manera extendida se cree), la justicia da cuenta frecuentemente de casos de impunidad por prescripción. Esto evidencia que la impunidad no se debe a una sola causa, sino que concurren diversos factores que favorecen la prescripción como, por ejemplo, la estructuración de los procesos, la funcionalidad de sus procedimientos, la demora de los procesos que se extienden excesivamente en el tiempo, los recursos, formación y organización de los operadores de justicia, la calidad de los autores de estos delitos, funcionarios públicos que hacen uso de su posición de poder, conocimientos, capacidad económica para eludir la acción de la justicia, distraerla y evitar que los procesos concluyan con una sentencia. Como se puede observar, la impunidad de la corrupción no se debe únicamente al deficiente marco normativo que regula la prescripción.

2.2. Regla especial para delitos contra el patrimonio del Estado

Con el objetivo de superar las deficiencias de las reglas generales de prescripción, el legislador peruano ha previsto una regla especial de prescripción en el artículo 80 *in fine* del Código Penal que indica que «en caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica».³ Con esta regla, nuestro legislador pretende evitar los casos de prescripción de los delitos de corrupción que afectan el patrimonio del Estado.

¡Esta medida es correcta, pero insuficiente! Es correcto que se amplíen los plazos de prescripción para casos de delitos cometidos por funcionarios públicos, pues estos, generalmente, utilizan su posición de poder, sus conocimientos del sistema de justicia, sus recursos para huir de la acción de la justicia y hacer que sus delitos

2 Para Fidel Rojas Vargas, la política penal se ha mantenido constante desde el Código Penal de 1863 hasta la actualidad, con una escasa criminalización y baja penalidad con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los *quantums* de las penas desde la reforma de los delitos de corrupción del 2004. Cf. VARGAS ROJAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4.^a ed. Lima: Grijley, 2007, p. 65 y ss.

3 La regla especial fue introducida en el artículo 80 del Código Penal el 26 de mayo de 1994, mediante la Ley 26314.

prescriban. Sin embargo, tal como está redactada esta regla especial, solo será aplicable a algunos delitos: a los que afecten el patrimonio del Estado. En efecto, tal como se desprende del tenor legal, para la aplicación de esta regla se requiere la concurrencia de dos presupuestos: primero, que el autor sea un funcionario público; y, segundo, que la acción desplegada afecte al patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. Luego, al ser reducido su campo de acción, la utilidad de la norma para evitar la prescripción de los delitos de corrupción será muy limitada.

En efecto, en la discusión⁴ sobre el ámbito de aplicación de la norma contenida en el artículo 80 *in fine* del Código Penal pugnan tres interpretaciones. Una *interpretación restrictiva* que entendía que los «delitos cometidos contra el patrimonio del Estado» abarcaba únicamente aquellos delitos que tienen como específico bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, con lo cual restringían su aplicación al peculado (artículo 387 CP) y malversación de fondos (artículo 389 CP). Una *interpretación extensiva*, según la cual la referencia a delitos contra el patrimonio del Estado comprende todos los delitos que afecten *directa o indirectamente* al patrimonio del Estado, con lo cual extiende la aplicación de la regla a un grupo mucho más amplio, como al delito de peculado en todas sus variantes, a todos los delitos comunes cometidos por funcionarios públicos en agravio del patrimonio del Estado, pero también delitos de cuyo contenido no se aprecia un ataque (directo) al patrimonio estatal como, por ejemplo, el delito de rehusamiento de actos funcionales, abuso de autoridad y otros similares. Y una tercera línea de interpretación, que he defendido en un trabajo anterior,⁵ postula una *solución intermedia* que sostiene que la referencia legal a delitos que «afectan al patrimonio del Estado» debe entenderse como *ataque directo al patrimonio del Estado*, con lo cual el grupo de delitos comprendidos por esta norma será más amplio que el admitido por la concepción restrictiva (que es correcta, pero insuficiente), pero menos amplio que el admitido por la concepción extensiva (que extiende ilegítimamente su ámbito de aplicación). Luego, según la postura intermedia, la regla especial será aplicable a los tipos penales de peculado, malversación, a todos los demás delitos contra la

4 Sobre la problemática del *ámbito de aplicación* de la regla especial de prescripción, cf. PARIONA, Raúl. «La prescripción en los delitos contra la administración pública». *Gaceta Penal* n.º 10, 2010, p. 149 y ss.

5 Cf. *ib.*, p. 149 y ss.

administración pública en los que aunque el tipo penal no considere bien jurídico protegido primariamente al patrimonio del Estado, sí se desprenda de su configuración fáctica en el caso concreto una afectación *directa* del patrimonio del Estado. Visto así, este ámbito podría comprender casos como los de los delitos de corrupción de funcionarios (cohecho, enriquecimiento ilícito, etcétera) donde el contenido del acto de corrupción tenga como objeto defraudar al Estado y afectar su patrimonio gravemente, sea porque el Estado se desprendió indebidamente de su patrimonio o porque dejó de cobrar lo que le correspondía.

Sin embargo, este debate sobre el ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción donde se discutía la ampliación de la prescripción a delitos como el de cohecho y otros ha sido zanjado por la Corte Suprema con la fijación de una regla que reduce su aplicación, en la práctica, únicamente al delito de peculado (y extensivamente a la malversación). En efecto, en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, la Corte Suprema señaló que «el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos»,⁶ por lo que «es necesario que exista una vinculación directa entre estos», es decir, una vinculación entre el funcionario y el patrimonio estatal. Luego, según la Corte Suprema, la vinculación directa entre el funcionario y el patrimonio se dará cuando concurren tres presupuestos: primero, «que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado».⁷ Segundo, «el vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos».⁸ Tercero, «puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía».⁹

6 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

7 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

8 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

9 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

Como se observa, la Corte Suprema, en la práctica, ha reducido la aplicación de la regla especial al delito de peculado y malversación, y ha dejado fuera los delitos de cohecho, que son quizá los más emblemáticos casos de corrupción. En consecuencia, con esta regla y con la «particular» y «especial» interpretación que de ella realiza la Corte Suprema, no se ha avanzado en la ampliación de los plazos de prescripción para los delitos de corrupción, que es justamente lo que se pretende.

3. LA TESIS DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Ante este panorama, diversas organizaciones, juristas, políticos y organismos de la sociedad civil han planteado la *imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*. Según los defensores de esta opinión, dado que es intolerable en un Estado de derecho que los actos de corrupción prescriban, y dejen maniatada a la justicia, es necesario declarar imprescriptibles los delitos de corrupción. Por lo general, se cree de buena fe que la imprescriptibilidad solucionará el problema de la impunidad de los delitos de corrupción. Pero muchas veces se defiende la imprescriptibilidad también por el rechazo que provoca en la sociedad la impunidad de la corrupción por prescripción o porque es bien recibida por los electores la promesa de imprescriptibilidad de la corrupción, como lo es también «la muerte civil» de los corruptos.

En esta línea, diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil, algunas de ellas reunidas en el Grupo de Trabajo Contra la Corrupción han propuesto la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, como mecanismo válido para luchar contra la impunidad de este flagelo.¹⁰ En esta misma línea, desde el 2001 hasta la actualidad, existen en nuestro Congreso de la República más de cuarenta proyectos de ley que pretenden declarar imprescriptibles los delitos cometidos por los funcionarios públicos,¹¹ por medio de reformas legislativas y de la propia Cons-

10 Cf. El informe anual sobre la lucha contra la corrupción en el Perú - 2010 del Grupo de Trabajo contra la Corrupción.

11 Cf. *ib.*, p. 213.

titución. Igualmente, diversos juristas han asumido esta postura. Así, Ronald Gamarra y Jacqueline Pérez sostienen categóricamente que no debe existir barrera temporal alguna para llevar a cabo la persecución penal de los actos de corrupción. Señalan: «La extensión del flagelo de la corrupción, la gravedad de sus manifestaciones, la lesión que ellas suponen respecto a bienes de primera importancia, las consecuencias que acarrea [...] y el interés de la ciudadanía toda en su represión, nos convence que para llevar a cabo una real persecución penal de los actos de corrupción se requiere eliminar toda barrera de carácter temporal que lo impida».¹² Los autores citados argumentan que la imprescriptibilidad, como respuesta legítima y razonable a la corrupción, «lanzará un mensaje público en el sentido que los beneficios generados por la comisión del delito de corrupción serán siempre significativamente menores a la infinita persecución penal que se activará; y, frenará la tendencia a la reiteración de esta conducta».¹³

En esta misma corriente, en el plano internacional, se observa que países como Bolivia, Venezuela y Ecuador han adoptado en su legislación, sea constitucional o legal, disposiciones que declaran la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Este desarrollo evidencia que jurídicamente es posible establecer la imprescriptibilidad, lo cual pone de relieve que lo importante es discutir su necesidad. Esta tendencia, con todas sus expresiones nacionales e internacionales, confirma también que la corrupción es un problema fundamental para nuestras naciones¹⁴ y que su prevención y erradicación son tareas que comprometen por igual a la sociedad civil y a los Estados.

12 GAMARRA HERRERA, Ronald y Jacqueline PÉREZ CASTAÑEDA. La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Disponible en: <http://xa.yimg.com/kq/groups/19326480/529089612/name/imprescriptibilidad_rgamarra_resumen.pdf>.

13 Ib.

14 Según Yvan Montoya, la «gravedad de la percepción de la corrupción ha llegado incluso a desplazar a todos aquellos otros grandes problemas que aún aquejan al Perú: la pobreza, el desempleo, la inseguridad ciudadana, etc.», cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan. «La responsabilidad penal del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados». En PARIONA ARANA, Raúl (dir.). *Veinte años de vigencia del Código Penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*. Lima: Grijley, 2012, p. 551.

4. LO INSOSTENIBLE DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD: CONCEPCIÓN PERSONAL

Debe existir una decidida lucha contra la impunidad por prescripción de los delitos de corrupción. Sin embargo, considero que la solución de la imprescriptibilidad no es la más correcta. En estricto, declarar imprescriptibles los delitos de corrupción no soluciona el problema de su impunidad. Contradice principios fundamentales del derecho penal. En el marco de nuestro derecho, sería una medida ilegítima, además de contraproducente para la propia lucha contra la impunidad. Vista correctamente, ni siquiera es necesaria.

4.1. ¿Es la corrupción igual de grave que los delitos de *lesa humanidad*?

Según el entendimiento actual de los delitos más graves y que afectan a los valores más importantes del ordenamiento jurídico nacional e internacional, considerar los delitos de corrupción imprescriptibles significaría equiparlos con los delitos de *lesa humanidad*, lo cual a mi parecer rompe gravemente la recta evaluación del *contenido del injusto* de estos delitos. Es evidente que el acto de apropiación de mil, diez mil o cien mil soles que realiza un funcionario público no puede equipararse con el acto de asesinar, torturar o desaparecer personas. Los delitos de lesa humanidad atentan contra los valores más importantes que tiene el hombre.

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad está legitimada, por la gravedad de tales crímenes y porque existe en la conciencia de la humanidad que estos crímenes deben sancionarse sin límites temporales. Sin embargo, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción no está plenamente legitimada. Ni en la Convención Interamericana contra la Corrupción, ni en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establece la imprescriptibilidad como una medida legítima de la lucha contra la corrupción. No existe pues consenso internacional, se ha dejado más bien a cada Estado la decisión de ampliar los plazos de prescripción de acuerdo con su legislación y sus particulares circunstancias. Esto se hace explicable si se repara en el hecho de que los delitos de asesinato, violación sexual de menores con muerte de la víctima, secuestro de menores de edad, terrorismo y otros tantos revisten mayor gravedad. Luego, querer legitimar la imprescriptibilidad en el caso de la corrupción y no exigir lo mismo para los demás

delitos deja ver un cuestionable criterio y una selectiva y arbitraria orientación político criminal.

Se podría pretender justificar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción considerándolos delitos de «lesa Estado». En esta línea de argumentación, se podría justificar esta medida considerando que los delitos de corrupción revisten especial gravedad que justificaría, al igual que en el caso de los delitos de lesa humanidad, una declaración de imprescriptibilidad. En esta justificación, pareciera estar inserta la consideración de que los delitos de corrupción, si bien tienen menor gravedad que los delitos de lesa humanidad, sí tienen una especial gravedad, son mucho más graves que los demás delitos contenidos en nuestro ordenamiento jurídico.

A este razonamiento pueden presentarse dos objeciones. En primer lugar, salta a la vista que los delitos de corrupción no son los delitos más graves, después de los delitos de lesa humanidad, que contiene nuestro ordenamiento jurídico. Qué duda cabe, los delitos contra la vida son mucho más graves que la corrupción, así como el homicidio o asesinato. También los delitos de secuestro de menores y extorsión son mucho más graves, igualmente los delitos de violación sexual de menores, terrorismo y otros tantos.

En segundo lugar, tratar de justificar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción basada en una pretendida calidad de «lesa Estado» no tiene sustento en una real valoración y jerarquización de los bienes que protege nuestro derecho penal y recuerdan, más bien, justificaciones decimonónicas donde en la escala de valores la primacía era asignada al Estado por encima del individuo, como se observa en la clasificación de Beccaria de delitos de *lesa majestad*, delitos contra los particulares y delitos contra los deberes.¹⁵ Precisamente, los delitos de *lesa majestad* se consideraban los delitos más graves, pues buscaban destruir inmediatamente a la sociedad y/o a quienes la representaban, con lo que se justificaba sanciones más graves para estos ilícitos.

15 Cf. BECCARIA, César. *De los delitos y la penas*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 119 y ss.

En el desarrollo actual del derecho penal, estas concepciones han sido correctamente abandonadas y han dado lugar a políticas criminales que consideran al individuo y sus bienes más importantes (vida, salud y libertad) valores supremos del Estado. En nuestro actual desarrollo cultural sería un despropósito denominar o etiquetar los delitos de corrupción como delitos de «lesa Estado» para de este modo justificar una reacción más grave, y convertir así a los acusados en «víctimas de una palabra: castigo por la calificación, no por la naturaleza ni la gravedad».¹⁶

4.2. Afectación a los principios de igualdad y proporcionalidad

De la anterior consideración se desprende que la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción también pondría en cuestión los principios de igualdad y proporcionalidad. En efecto, se pretende declarar imprescriptibles los actos de corrupción y no se hace lo propio con delitos mucho más graves como el asesinato, la extorsión o la violación sexual de menores. Esta política atenta contra el principio de igualdad y deja ver más bien un enfoque sesgado de los valores que protege el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho. Con medidas como esta, se vería distorsionada la pirámide de valores del programa político criminal de nuestro ordenamiento jurídico penal, se atentaría contra la proporcionalidad (pues presentan diverso contenido de injusto) y nuestro ordenamiento penal se convertiría en un cúmulo de normas penales que responde más bien a exigencias o presiones de grupos.

Con este análisis, lo único que se ha mostrado es que no existe igualdad de criterio al exigir la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción y que esta no se sustenta en una valoración acorde con las reales magnitudes de la dañosidad social de las conductas. No se propugna la extensión de la imprescriptibilidad para los delitos de asesinato, extorsión o violación sexual de menores. Si bien estos delitos son graves, mucho más que los delitos de corrupción, considero que no es adecuado una medida tal, por no ser ni eficaz ni necesaria.

16 GARCÍA RAMÍREZ, César. «Estudio introductorio». En César Beccaria. Ob. cit., p. 44.

4.3. Los peligros de abrir la puerta de la imprescriptibilidad

El camino de la imprescriptibilidad, además de contradecir principios básicos de un programa político criminal acorde con un derecho penal de un Estado democrático de derecho, genera el peligro —a veces no debidamente advertido— de graves distorsiones en la administración de justicia y que van en contra de aquello que justamente se pretende lograr con esta medida.

Declarar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción podría llevar pronto a la declaración de imprescriptibilidad de otros tantos delitos considerados graves, pero también con seguridad —en esta lógica expansiva— a muchos otros delitos que no siendo graves, «según las legítimas circunstancias especiales», amerite considerarlos tales, lo cual distorsionaría el sentido de esta medida especial. Esta espiral podría deslegitimar el consenso actual de que los delitos de lesa humanidad son legítimamente imprescriptibles. Además, esta expansión dejaría ver una política criminal dura claramente simbólica; pues, como ya se ha podido ver, la declaración de imprescriptibilidad no soluciona el problema de la impunidad.

Declarar imprescriptibles los delitos de corrupción podría llevar también a soluciones contraproducentes para la misma lucha legítima contra la corrupción. Así, una solución semejante al problema de la impunidad y la necesidad legítima de ampliar la prescripción podría convertirse en una solución aparente e incluso políticamente injusta, con el consiguiente peligro de abrir el camino a un derecho penal sin garantías; pues si la potestad del Estado de perseguir no se extinguiera nunca, las causas podrían mantenerse de por vida, como una espada de Damocles para los adversarios políticos.¹⁷

La imprescriptibilidad y su efecto simbólico —de que con ello el problema de la impunidad se ha solucionado— podría generar también un efecto negativo que podría llevar al Estado a renunciar a su deber de resolver las causas judiciales con celeridad. En efecto, hasta la actualidad, la «sanción» de la prescripción con que se «castiga» al Estado¹⁸ por su desatención o lentitud ha significado para la administración de justicia un acicate para resolver con prontitud las causas sometidas a su

17 Cf. CLEMENTE, José y Carlos RÍOS. *Cobecho y tráfico de influencias*. Córdoba: Lerner, 2011, p. 57.

18 La Corte Suprema ha reconocido en su Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, fundamento 7 que el plazo de persecución no es «discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía

conocimiento, puesto que siempre que un proceso concluye por prescripción, y ante los reclamos de los justiciables afectados, se producen investigaciones contra los jueces para pedir explicaciones por la lentitud en la tramitación, lo cual queda como mancha en el historial de los jueces. En consecuencia, la prescripción juega un rol importante de control de los plazos de duración de los procesos. Con la eliminación de la prescripción se generaría un incentivo negativo en la administración de justicia; pues, al no prescribir los delitos, entonces no existirá la presión para resolver las causas con prontitud.

5. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Si se observa en perspectiva y se quiere solucionar realmente el problema de la impunidad por prescripción, se hace necesaria una solución normativa que enfrente los distintos factores que condicionan la prescripción. Sin embargo, no soy de la opinión de declarar imprescriptibles los delitos de corrupción. Sí soy partidario de ampliar los plazos de prescripción. Se requiere de una reforma legislativa que amplíe los plazos de prescripción de manera general para todos los delitos de corrupción y no solo para algunos, como se hace con la regla contenida en el artículo 80 *in fine* del Código Penal.

Propongo *duplicar los plazos de prescripción para todos los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función*. El plazo que se posibilita con esta medida, sería más que suficiente para investigar y juzgar los delitos de corrupción. Sería un plazo razonable. Esta medida, aunada a la vigencia actual del nuevo Código Procesal Penal en materia de corrupción que trae consigo un nuevo modelo procesal que posibilita procesos rápidos —con diversas instituciones procesales que garantizan que los procesos no se extiendan en el tiempo y la *regla de suspensión de la prescripción* contenida en el artículo 339.1 NCPP que dispone que la prescripción se suspende cuando se formaliza la investigación preparatoria—¹⁹ sería de mucha

fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes».

19 Cf. PARIONA ARANA, Raúl. «La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?». *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 23, 2011, p. 221 y ss.

ayuda para consolidar un marco normativo anticorrupción eficiente y garantista; y tornaría innecesaria una persecución *ad infinitum*.

Además, con esta medida que propongo se haría innecesario modificar la Constitución para posibilitar la imprescriptibilidad, con la consabida dificultad que una reforma constitucional implica. Con la *duplicación del plazo de prescripción* se haría patente, práctica y viable la voluntad política de evitar la impunidad por prescripción de los actos de corrupción, pues para su puesta en marcha basta con una ley. Con esta medida se gana rapidez, eficacia y legitimidad. Sería una respuesta rápida al clamor social y se haría dentro de los márgenes de legitimidad democrática que toda lucha contra la corrupción siempre debe resguardar.

6. CONCLUSIÓN

Los delitos de corrupción socavan gravemente la legitimidad del Estado y con ello su fundamento democrático. Por esto, es legítimo y se constituye en imperativo sancionar los actos de corrupción. En este ámbito no se debe tolerar la impunidad como efecto de la prescripción de la acción penal de estos delitos. Los procesos por corrupción deben terminar con una sentencia que declare la responsabilidad o inocencia de los acusados.

Por ello, es necesaria una reforma legislativa orientada a evitar la impunidad por prescripción, que entre otras medidas amplíe los plazos de prescripción de todos los delitos de corrupción. Sin embargo, la imprescriptibilidad no es una solución adecuada al problema de la impunidad de estos delitos, tampoco necesaria. Esta medida constituye únicamente una solución aparente, pero además —y esto es lo grave— trae consigo consecuencias contraproducentes para la propia lucha contra la impunidad de los delitos de corrupción.

Por lo señalado, lo más adecuado es duplicar los plazos de prescripción para los delitos de corrupción. Esta medida, junto con las reglas sobre prescripción que trae consigo el nuevo Código Procesal Penal, es suficiente para evitar la impunidad por prescripción. Esta propuesta tiene adicionalmente dos ventajas: primero, evita el siempre engorroso camino de la reforma constitucional; y, segundo, hace práctica, rápida y eficaz la voluntad política (si esta realmente existe) de evitar la prescripción de los delitos de corrupción.

Prohibición de aplicación de leyes penales inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la lucha anticorrupción

José Antonio Caro John

1. PRELIMINARES

Desde una perspectiva tradicional, se sostiene que los principios constitucionales del derecho penal operan únicamente como límites negativos al *ius puniendi*, de manera que los principios constitucionales vendrían a ser barreras limitadoras a la actividad del legislador en la delineación de los contornos del sistema penal. Una idea como la esbozada tiene consecuencias prácticas trascendentales en los distintos planos de la actividad penal. Por ejemplo, en el plano legislativo, la creación de una norma penal deberá respetar las garantías que emanan de los principios reconocidos por la Constitución, caso contrario nos encontraremos frente a una norma inconstitucional. En el campo judicial, no podrá procesarse a una persona o imponérsele una sanción penal, si la norma o la sanción contradicen alguno de los principios constitucionales. En buena cuenta, el punto de llegada de este pensamiento será considerar los principios constitucionales garantías para la colectividad al momento de la creación de la norma penal y; para el ciudadano, al momento de la persecución iniciada en su contra.¹

La limitación del *ius puniendi* por medio de principios derivados de un orden social básico no es reciente. Por el contrario, la actividad sancionadora estatal siempre ha sido limitada, claro está, de diversas formas, con distintos fines y en distintos niveles.² Los principios constitucionales como los conocemos en la actualidad tie-

1 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 459-509.

2 Una excelente revisión histórica de la fundamentación y limitación del *ius puniendi* puede encontrarse en ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 9 y ss.

nen su aparición con la modernidad. Gracias al fenómeno liberal de la constitucionalización de los sistemas jurídicos, nacido especialmente para limitar la actuación del Estado como institución (parte orgánica) y su poder sobre los ciudadanos en particular (parte dogmática),³ surge la actual configuración de los principios constitucionales. El rasgo característico de esta idea liberal era considerar los principios constitucionales como auténticas garantías del ciudadano sobre el Estado. De allí que tradicionalmente se haya considerado que la Constitución solo sea un límite negativo, pues históricamente su función era reducida únicamente a tal aspecto.

Hasta aquí no existe mayor discrepancia en la doctrina, sino que, por el contrario, existe un relativo consenso en considerar los principios constitucionales límites negativos al *ius puniendi* y a todo el sistema penal.⁴ Sin embargo, no ha sido mucho lo que se ha tratado sobre el origen y el fundamento de esa afirmación, y —lo que es igualmente importante— si los principios solo deberían considerarse un límite o su importancia podría extenderse más allá de esa función. Puede advertirse que hacemos propia la consideración de los principios constitucionales como límites negativos al sistema penal. No obstante, desde nuestra perspectiva integrada consideramos que la idea esbozada solo es una forma de ver los principios, que es correcta, pero parcial. Por ello hemos de resaltar que los principios constitucionales no solo son límites para la actividad sancionadora estatal, sino que son el mecanismo por medio del cual se fundamenta la criminalización de una conducta y la sanción de esta; los principios cumplen así una función fundadora del *ius puniendi*.

La tradición constitucional ha consagrado cuatro grandes principios que legitiman el sistema penal: *a)* el principio de legalidad, como derivado del principio de seguridad jurídica, es el fundamento formal de toda norma penal, pues determina las condiciones formales que ha de cumplir la norma para poder comunicar que una determinada conducta será sancionada; *b)* el principio de proporcionalidad cuya función es determinar si la afectación abstracta o concreta de un derecho fundamental —sea por la emisión de una norma penal, sea por la imposición de una

3 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal. La Ley penal y delito*. 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 30 y ss.

4 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 179 y ss.

sanción— es o no legítima dentro de nuestro ordenamiento jurídico;⁵ c) el principio de lesividad, que dota de contenido material a la conducta criminalizada haciendo legítima la aplicación de una sanción en caso de que una persona afecte el objeto de protección tutelado;⁶ y, d) el principio de culpabilidad, que determina los contornos propios de la responsabilidad penal: responsabilidad subjetiva (dolo o culpa), responsabilidad individual (proscripción de la responsabilidad tribal) y responsabilidad solo por el hecho (solo se castiga una conducta y no la apariencia o la personalidad).⁷ Estos principios han sido fundamentados por nuestro Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos.⁸

En esta oportunidad, solo analizaremos un aspecto puntual del principio de legalidad referido a la prohibición de aplicación ultractiva de leyes penales inconstitucionales y lo haremos en el marco de un contexto concreto: la lucha contra la corrupción. La corrupción es un fenómeno social que si bien tiene necesariamente implicancias jurídicas, tanto su origen como sus efectos son básicamente sociales. Para nuestro país es fundamental evitar que la corrupción siga presente, pues este fenómeno causa muchos daños no solo en el erario público, sino también directamente en el proceso de institucionalización de las entidades estatales y hasta en las privadas. Debido a la envergadura de este fenómeno social y a su tamaño, se considera que nos encontramos frente a una lucha donde se requieren diversos medios para evitar que este fenómeno siga penetrando en nuestra sociedad. Cuan-

5 Cf. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 2006, pp. 100-170; AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 33.

6 El objeto de protección del derecho penal es el derecho objetivo o la vigencia de la norma, que se ve afectada por medio del quebrantamiento de expectativas normativizadas. Cf. JAKOBS, Günther. «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?». En Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 39-56.

7 Cf. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ara Editores, 2004, pp. 159-162.

8 Sobre el principio de legalidad, cf. STC. Expediente 010-2002-PI/TC, fundamento jurídico 44 y ss.; sobre el principio de proporcionalidad, cf. STC. Expediente 02250-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 45-48; sobre el principio de lesividad, cf. STC. Expediente 0019-2005-PI/TC, fundamento jurídico 35; sobre el principio de culpabilidad, cf. STC. Expediente 0014-2006-PI/TC, fundamentos jurídicos 53-56.

do los medios utilizados son actividades no normativizadas y destinadas a que los operadores jurídicos asuman una postura que evite la corrupción o su impunidad sin límites ni medida, nos hallamos frente al activismo propiamente dicho. Pero cuando el medio con el que se pretende combatir la corrupción es la norma y la interpretación de esta con sujeción a los principios constitucionales, nos hallamos frente a un ámbito estrictamente jurídico, objetivo, ponderado, desgajado de ideologías y consignas políticas, tal como el Tribunal Constitucional ha señalado:

[L]a lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución. Admitir la insustentable distinción entre el ámbito legal y constitucional puede servir como excusa para, *so pretexto* de someterse a la ley, desvincularse de mandatos constitucionales, con la consecuente anarquía del ordenamiento y el descrédito institucional que ello supondría. Esta distinción es también contraproducente en un contexto en el cual se debe reafirmar una actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción. Y es que un órgano jurisdiccional no puede limitarse a ser un mero «aplicador» de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídicas, debe tutelar los derechos fundamentales, pero sin descuidar la tutela de otros valores y principios que la Constitución consagra.⁹

Es evidente que la corrupción es un fenómeno altamente nocivo que desde una perspectiva político criminal debe afrontarse mediante normas sustantivas y procesales que permitan su persecución efectiva, y con interpretaciones judiciales que eviten la impunidad de los actos de corrupción. No obstante, esta labor no puede dejar de lado las garantías básicas de todo ciudadano, ni los principios que fundamentan la actividad sancionadora estatal.¹⁰ En virtud de la lucha contra la corrup-

9 STC. Expediente 006-2006-PCC/TC, aclaración del 28 de marzo de 2007, fundamento jurídico 11.

10 En el mismo sentido opina Ernesto Álvarez Miranda en STC. Expediente 2641-2012-PHC/TC, caso Quimper Herrera, voto singular, fundamento jurídico 5: «Estoy convencido de que la lucha contra la corrupción solo tiene éxito cuando se hace en términos constitucionales, y en el marco del estricto principio de igualdad ante la Ley. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir este instrumento eficaz en víctima de quienes pretenden desequilibrarlo o desestabilizarlo. La Constitución es muy clara al respecto, proscribire la persecución ajena a los principios de legalidad, taxatividad y proporcionalidad que informan al Derecho penal».

ción, no podrá sacrificarse el contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que estos deberán reinterpretarse a la luz de los principios constitucionales.

Precisamente ese ha sido el sentido que ha pretendido darle el Tribunal Constitucional al interpretar normas jurídicas —sustantivas y procesales— en materia anticorrupción, con mayor o menor éxito en cada ocasión. Entre los casos más conocidos sobre este tema tenemos al caso de la Ley Wolfenson,¹¹ el caso Luis Bedoya de Vivanco,¹² el caso Vera Abad,¹³ el caso José Enrique Crousillat Torres López,¹⁴ o, recientemente, el caso de la inconstitucionalidad de la Ley 29073¹⁵ y el caso Quimper Herrera.¹⁶ En todos ellos, el Tribunal Constitucional ha manifestado un papel activo a favor de la lucha contra la corrupción respetuoso de los

11 El Congreso emitió una Ley que permitía computar un día de prisión por un día de detención domiciliaria. Muchos sentenciados se acogieron a ella, siendo el caso más destacado el de los hermanos Wolfenson. Cf. STC. Expediente 0019-2005-AI/TC.

12 Luis Bedoya de Vivanco, postulante a la alcaldía de Miraflores, recibió dinero público de manos de Vladimiro Montesinos para apoyar su elección, siendo sentenciado por el delito de complicidad en peculado. Él cuestionó la calidad de sujeto activo de peculado de Montesinos Torres (Cf. STC. Expediente 2758-2004-HC/TC), y la conformación de una Sala Penal *ad hoc* para ver su caso y el resto de procesos anticorrupción (Cf. STC. Expediente 1076-2003-HC/TC).

13 Samuel Vera Abad, procesado por complicidad primaria en el delito de peculado, alegaba que no era posible que un particular cometiera el delito de peculado. El Tribunal Constitucional, basándose en lo resuelto en el caso Bedoya de Vivanco, declaró infundado su pedido. Cf. STC. Expediente 0910-2008-HC/TC).

14 El sentenciado José Enrique Crousillat López Torres fue indultado por el presidente Alan García Pérez, por razones humanitarias, poco tiempo después de ser liberado fue visto en el balneario limeño de Asia. Cf. STC. Expediente 3660-2010-HC/TC.

15 Cf. STC. Expediente 0017-2011-PI/TC. Se consideró que la norma mencionada era desfavorable a la lucha anticorrupción e inconstitucional al establecer que el delito de colusión requiere una defraudación patrimonial. El Tribunal Constitucional, siguiendo el criterio establecido por el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, considera que la defraudación no requiere del elemento «patrimonial» para configurarse.

16 El procesado Alberto Quimper Herrera, en compañía de sus custodios policiales, no se dirigió directamente a su domicilio luego de una diligencia judicial, sino que fue a un restaurante. Por ello, se le revocó el arresto domiciliario y se varió por el mandato de prisión preventiva tres días antes de que se cumpliera el plazo máximo de duración de esta medida (36 meses). El Tribunal Constitucional consideró que al estar custodiado policialmente no incumplió su deber de apartarse de su domicilio, dado que no tuvo realmente la posibilidad de desplazarse fuera de su domicilio, por lo que no se justificaba que se hubiera revocado el arresto domiciliario, con lo cual se dispuso la excarcelación del demandante. Cf. STC. Expediente 02641-2012-HC/TC.

principios constitucionales del derecho penal. Por un lado, allí donde existía una multiplicidad de interpretaciones jurídicas legitimó aquellas realizadas por la justicia ordinaria que evitaban la impunidad en materia penal, sin que dicha elección significara un desconocimiento de los principios del derecho penal. Asimismo, donde la interpretación jurídica realizada iba contra el deber constitucional de luchar contra la corrupción, optó por declarar la inconstitucionalidad de esta interpretación. Por otro lado, en aquellos casos donde no era posible una interpretación jurídica a favor de la lucha anticorrupción, o que realizarla hubiera implicado una afectación intensa o absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado, optó correctamente por favorecer la protección del derecho fundamental a afectarse.

En este contexto, nuestro trabajo busca graficar cómo el Tribunal Constitucional ha interpretado o admitido la interpretación de las normas penales sustantivas en el marco de la lucha contra la corrupción, y cómo esta actuación ha afectado o no las garantías derivadas del principio de legalidad. Para ello nos valdremos del caso de la Ley Wolfenson, donde el Tribunal Constitucional aparentemente afecta el principio de seguridad jurídica y la aplicación de la ley penal en el tiempo.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DEL ESTADO

2.1. Surgimiento del principio de legalidad y su recepción en el ordenamiento jurídico nacional

La existencia del principio de legalidad solo se explica históricamente si se entiende el período previo a la edad moderna o Ilustración. El viejo régimen previo al siglo XVIII se caracterizaba por la flexibilidad que tenía en la persecución de opositores al Gobierno, para lo cual instrumentalizaba al sistema penal con objetivos políticos distintos a su función originaria. El rasgo característico de esa época fue el absolutismo en manos del gobernante, dejándose a su arbitrio el sistema de sanciones, lo cual atentaba contra la seguridad jurídica de todo ciudadano sin prerrogativas.

La llegada de la modernidad trajo cambios profundos en el sistema penal. Siguiendo la línea de pensamiento liberal, fue necesaria la introducción de principios que limitaran la actividad punitiva, convirtiéndose en verdaderas garantías para los ciudadanos. Uno de estos principios fue el principio de legalidad. El principio de legalidad fue formulado por primera vez por Beccaria, quien en su trascendental obra *De los delitos y las penas* señaló que: «Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente».¹⁷ Sin embargo, si bien fue formulado originalmente por Cesare Bonesana, llamado «Marqués de Beccaria», el término latino con el que se lo identifica no corresponde a él, sino que la frase fue acuñada por Feuerbach de la siguiente manera: *Nullum poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crime sine poena legalis* (No hay pena sin ley, no hay pena sin delito, no hay delito que no tenga pena).¹⁸

Luego de su consolidación en la doctrina jurídico penal de la época, el principio de legalidad se consagró legalmente dentro de los principales cuerpos normativos, de tendencia claramente liberal. De esta forma, debido al proceso histórico en el que se encontraba, el principio de legalidad aparece consagrado en las Declaraciones de Derecho surgidas en los Estados Unidos de América, primero en la de Filadelfia (1774) y posteriormente en la de Virginia (1776). Sin embargo, donde adquiere su mayor importancia y su actual configuración fue en Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual en su artículo 8

17 BONESANA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Buenos Aires: Heliasta, 1993, pp. 61-62.

18 El principio de legalidad tiene mucho sentido en la formulación de la teoría de la pena de Feuerbach. A su entender, la pena tenía como función la disuasión de los potenciales delincuentes, con lo que se ubica dentro de la prevención general negativa. Por ello, para que pudiera efectivamente alcanzar su objetivo de disuasión, el delito debía estar previamente establecido en una norma penal de alcance general, pues nadie podría ser disuadido de algo que no conociera. Cf. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general*. 2.^a ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 103-104.

señalaba que: «La ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente». A partir de esa fecha y, progresivamente, el principio de legalidad ha venido a formar parte integrante de la gran mayoría de los modernos ordenamientos jurídicos, tanto en las Constituciones Políticas como en los Códigos Penales.

Asimismo, debido a su importancia para la comunidad jurídica internacional, fue incluido como parte de las principales declaraciones internacionales de derechos, tales como: *a)* La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito» (artículo 11.2); *b)* El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15); *c)* La Convención Europea de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales (artículo 7,1); *d)* La Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 9); entre otros.

El principio de legalidad también se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional como a nivel legal. En el primer caso, su ubicación se encuentra en el artículo 2, numeral 24, literal d de la Constitución Política del Estado, el cual señala que: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». Es a partir del citado artículo que se desprenden tres de las garantías que conforman al principio de legalidad, salvo el caso de la prohibición de analogía (*lex stricta*), el cual se encuentra en el artículo 139.9 del citado cuerpo normativo.

La ubicación del principio de legalidad dentro de la Constitución Política del Estado y el acogimiento del Perú a los acuerdos antes señalados no es un hecho trivial. Por el contrario, debido a su jerarquía, el respeto de las garantías que se desprenden del principio de legalidad es exigible a todos los operadores del ordenamiento jurídico penal. De allí que el Tribunal Constitucional lo considere un derecho fundamental.¹⁹ El reconocimiento de esta condición posibilita acudir a la justicia cons-

19 Cf. STC. Expediente 05815-2005-HC/TC, caso Guzmán del Águila, fundamento jurídico 4.

titucional para remediar la acción que algún operador, sea al emitir la norma, sea al aplicarla, afecte alguna de las garantías derivadas del principio de legalidad.²⁰

El contenido de este principio ha sido delimitado en distintos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional. Al haberse pronunciado sobre todas las garantías incluidas en este principio, es de especial relevancia la sentencia recaída sobre la acción de inconstitucionalidad contra el Código de Justicia Militar y Policial. En ella se señala que:

[E]l principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103 de la Constitución, según el cual «[...] Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo [...]».

Conforme a la exigencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, según el cual, «El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos».

En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, conforme lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC), que el principio de legalidad penal exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que

20 Hay que reconocer que este es un campo de tensión que ha dado lugar a una serie de enfrentamientos entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional sobre el ámbito de interpretación que la última tiene. Cf. ALCACER GUIRAO, Rafael. «El derecho a la legalidad y los límites de actuación del Tribunal Constitucional». En Santiago Mir Puig y Joan Queralt Jiménez (dirs.). *Constitución y principios del derecho penal. Algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15-64.

las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal «d» del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «expresa e inequívoca»,

[...]

En cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.²¹

2.2. El principio de legalidad como base para la comunicación

Como señalamos al inicio de este trabajo, las garantías constitucionales —incluso los derechos fundamentales— siempre han sido formuladas en términos negativos. Vale decir, su análisis parte de la idea de que estos son escudos de protección del individuo frente al Estado. Sin embargo, las garantías también pueden verse de otra manera, como medios de legitimación del derecho penal.

El análisis del derecho penal debe realizarse siempre en función del momento histórico en el cual se encuentra, al compás del espíritu de la época arraigado en la identidad normativa de la estructura social. Solo de esta manera el derecho penal estará en condiciones de responder a la pregunta acerca de su legitimación social. En palabras de Jakobs: «la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es».²² Agrega: la ciencia «pone en relación el Derecho con el espíritu de su tiempo y ordena, pero al mismo tiempo le reconoce y desconoce legitimidad a tal Derecho a partir de ese espíritu. Según la época de que se trate, entran en conside-

21 STC. Expediente 0012-2006-AI/TC, fundamentos jurídicos 22-26.

22 JAKOBS, Günther. *El derecho penal como disciplina científica*. Traducción de Alex van Weezel. Madrid: Thomson / Civitas, 2008, p. 22.

ración fundamentos de ordenación y legitimación muy diversos». ²³ En una sociedad como la actual que se caracteriza por su alta complejidad y dinamicidad, los contactos sociales se vuelven cada vez más anónimos. Por tanto, la posibilidad de comprender todas las actividades sociales y reconocer las características propias de cada individuo deja de ser viable. ²⁴ Es en este contexto que la interacción entre personas precisa de un método de comunicación, el cual no se ampare en el conocimiento individualizado del interactuante, sino en la posición y la función que este desempeña en la sociedad, mejor dicho en el rol de la persona, ²⁵ que es al fin de cuentas al que se dirige la norma penal, con el objetivo de estandarizar la comunicación en la sociedad.

El proceso de estandarización de la comunicación se da por medio de expectativas recogidas en la norma, conocidas como expectativas normativas. Estas expectativas prevén la posibilidad de ser defraudadas, siendo por esa razón que precisan ser estabilizadas contrafácticamente. ²⁶ De esta manera, a la norma no solo se le considera una garantía para el ciudadano, sino que al fundamentar qué características debe reunir una conducta para ser punible, legítima una forma de intervención penal sobre la interacción social con miras a estabilizar la comunicación entre personas en la sociedad de nuestra época.

El sistema jurídico posee diversos tipos de normas, que se concretan en subsistemas jurídicos. Cada subsistema jurídico tiene una función determinada que gira en torno a la regulación de un determinado sector social. Existen normas que regulan

23 JAKOBS, Günther. *El derecho penal como disciplina científica*, p. 23.

24 JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, pp. 51-53; LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 47.

25 Cf. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal». En Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo II. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 43.

26 Cf. LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 8 y ss.

las relaciones entre familiares (derecho de familia), la relación existente entre la administración pública y el administrado (derecho administrativo), el vínculo entre el empleador y sus trabajadores (derecho laboral), entre otras. En el caso del subsistema jurídico penal, se agrupan el conjunto de normas que tienen como objeto mantener la identidad normativa básica de la sociedad.²⁷ El rasgo característico de la norma penal es su importancia para el mantenimiento del sistema jurídico en general, pues dentro de sí tiene las expectativas normativas de cumplimiento —luego de las alojadas en el sistema constitucional— más trascendentales para la vida en sociedad. De esta forma, una norma penal garantiza que en una sociedad las personas puedan interactuar entre sí, y confiar en que el ordenamiento jurídico reaccionará cuando se defraude una expectativa normativa penal.

En este plano comunicativo, el principio de legalidad tiene un rol fundamental. Como hemos podido comprobar, este principio, desde un plano histórico, explica su razón de ser como principio limitador en la protección del ciudadano frente al poder punitivo estatal. Pero esta garantía, correcta a todas luces, no es la única, ya que es posible entender el principio de legalidad también como la herramienta mediante la cual se legitima la imposición de una sanción penal. En ese sentido, una sanción penal solo será legítima cuando la persona a la cual se pretende imponer conoció de forma previa, clara y mediante un medio de comunicación oponible a todo ciudadano la conducta criminal y la sanción que implica realizarla.

3. EL CASO DE LA LEY WOLFENSON: LEYES PENALES NULAS

Lo recién expuesto muestra su aplicación práctica en uno de los casos emblemáticos de la lucha contra la corrupción, donde se discute acerca de los fundamentos y límites de un aspecto puntual del principio de legalidad: la prohibición ultractiva de leyes penales inconstitucionales.

27 Cf. JAKOBS, Günther. «¿Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», pp. 39-56.

3.1. Síntesis del caso

El 3 de julio de 2005 fue promulgada la Ley 28568, que modificó el artículo 47 del Código penal. La norma establecía que, a efectos del cómputo de la pena, debía hacerse un descuento en esta de un día por cada día de detención domiciliaria sufrida, lo que en la práctica hacía equivalente el descuento de pena de esta figura con el descuento por prisión preventiva.

Los comentarios de la doctrina fueron muy abundantes sobre el tema, especialmente desde el sector penal y constitucional. Por un lado, se encontraban las posturas que discrepaban con la modificación por considerar que no era posible equiparar la prisión preventiva con el arresto domiciliario, pues ambas instituciones tenían finalidades distintas.²⁸ Por otro lado, existían posturas que defendían la norma por considerar que resolvía el problema de la falta de abono en la pena del período sufrido de prisión preventiva, y llegaban a considerar que esta era idónea si se aplicaba en el marco del Código Procesal Penal del 2004.²⁹

La norma desplegó sus efectos entre el 4 y el 21 de julio de 2005, fechas en las que estuvo vigente. Consecuentemente, toda persona que cumpliera el supuesto de hecho entre esas fechas pudo haberse beneficiado por ellas. El caso más célebre que se discutió, como producto de esta norma, fue el de los señores Wolfenson, quienes pudieron recuperar su libertad al descontárseles de la pena impuesta el período que estuvieron en detención domiciliaria.

Debido al escándalo mediático generado por este caso, un grupo de congresistas presentó una acción de inconstitucionalidad contra la norma a los pocos días de que esta estuviera vigente. El proceso de inconstitucionalidad culminó el 21 de julio de 2005, fecha en la que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda. Al momento de señalar los efectos que la sentencia iba a tener con relación a la aplicación de la norma cuestionada, el Tribunal Constitucional hizo una dife-

28 Cf. MEINI MÉNDEZ, Iván. «La detención domiciliaria y su abono para el computo de la pena privativa de libertad». Disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0196.htm>>. Consulta hecha el 30 de octubre de 2012

29 Cf. CARO CORIA, Carlos. «El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena». Disponible en: <www.justiciaviva.org.pe/arresto_dom/caro_coria.doc>. Consulta hecha el 30 de octubre de 2012.

renciación tomando como criterio el estado de las solicitudes de abono del período de detención domiciliaria a la pena cumplida. En todos aquellos casos donde la solicitud no hubiera sido presentada, hubiera sido concedida, o se encontrara en apelación, impuso al juez —sobre la base de los criterios establecidos en la sentencia— la obligación de desestimar la solicitud. Si la solicitud ya había sido concedida, y la resolución había alcanzado firmeza, entonces —en virtud de la seguridad jurídica— ya no podían revocarse sus efectos.

3.2. La norma penal en el tiempo

La garantía de ley penal previa se encuentra directamente establecida en el artículo 2, numeral 24, literal d de la Constitución Política del Estado. No es casual que en el orden de desarrollo del principio de legalidad en este artículo se haga mención expresa, en primer lugar, a esta garantía al sostener que «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté *previamente* calificado en la ley».

El mandato de existencia previa de la norma penal es el presupuesto del resto de mandatos que se desprenden del principio de legalidad, y por ende también es la mayor garantía que emana de este principio. En un sistema normativo que reposa sus fundamentos en la comunicación, el primer elemento que considerar es la existencia de un lenguaje común entre las personas que forman parte del sistema. En aquellos sectores donde los interactuantes no conozcan el lenguaje no podrá existir comunicación, por lo tanto las actuaciones que realicen carecerán de relevancia para el sistema jurídico y deberán tomarse como pura fenomenología. Al interior del subsistema jurídico penal existe un lenguaje de comunicación entre los interactuantes: la expectativa normativa y la pena. Si esta no se fija de forma previa al proceso comunicativo, entonces no podrá hablarse de comunicación alguna, porque no es posible defraudar ahí donde no existe expectativa.

La consecuencia de este subprincipio podemos apreciarla en la aplicación de la norma jurídica. Siendo coherentes con este razonamiento, la regla general será que la norma tiene efectos desde el momento en que esta se encuentra vigente, no siendo posible en ningún supuesto aplicar normas de forma retroactiva. Esta regla ha sido plasmada en nuestra Constitución Política, la cual establece en su artículo 103 que: «la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroacti-

vos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad».

Como podemos observar, nuestro ordenamiento jurídico adopta la aplicación inmediata de la norma jurídica desde que esta entra en vigencia. El ámbito de aplicación se da a los efectos producidos por las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional al señalar que:

En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. En el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión.³⁰

La aplicación inmediata de la norma penal es posible cuando se trata de normas más favorables al sentenciado o procesado. Si la expectativa normativa varía y reduce sus alcances, total o parcialmente, entonces esta variación ha de aplicarse a la persona que la defraudó, porque la sociedad ya no requiere estabilizar la expectativa en la misma medida que lo requería cuando la persona realizó la acción. Un tema polémico que resulta de esta regla es el de su aplicación en caso de normas penales en blanco, donde la variación se produce en la norma complementaria.³¹ Es el caso donde una persona es procesada por un delito de contaminación ambiental y, con posterioridad a los sucesos, una norma administrativa varíe el límite máximo permisible, con lo que la conducta del procesado no habría significado un acto de contaminación por encima del límite señalado. Desde nuestro punto de vista, en casos como el planteado, la norma penal complementaria debe aplicarse inmediatamente, cuando estas resulten favorables al ciudadano. Consideramos que al remitirse la norma penal en blanco a una norma extrapenal para completar su supuesto de hecho, entonces una variación en la norma complementaria implicará una variación en el supuesto de hecho de la norma penal.

30 STC. Expediente 01300-2002-HC/TC, caso Eyzaguirre Maguiña, fundamento jurídico 7.

31 Cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. 2.^a ed. Lima: Jurista Editores, 2012, p. 232 y ss.

Distinto es el supuesto donde la aplicación de la norma penal puede generar un efecto maligno a la persona. En estos casos se prohíbe que la norma nueva —indiferentemente de si afecta al supuesto de hecho (conducta criminal) o la consecuencia jurídica (pena)— se aplique a hechos, relaciones o situaciones jurídicas anteriores a su vigencia. Esta excepción se explica como parte de un proceso comunicativo. El ciudadano que defrauda una expectativa normativa solo puede ser sancionado porque su acción comunicó un sentido determinado en un momento concreto. Si posteriormente la expectativa varía y la sociedad modifica la expectativa ampliándola, esta variación solo podrá alcanzar a aquellas personas que no hubieran delinquido, porque ya no se trata de la misma expectativa sino que es una absolutamente distinta y que el infractor en ningún momento realizó.

También existe la posibilidad de que la norma penal haya generado efectos en el tiempo, pero que una nueva norma haya cesado estos efectos. En estos casos, fundamentalmente los conocidos como de normas penales intermedias, se ha establecido que la norma derogada —siempre y cuando sea más favorable a la original y la nueva— mantendrá sus efectos en el tiempo.³² Si bien tanto la norma penal intermedia, como la ultractividad penal favorable, no se encuentran expresamente previstas en el Código Penal o la Constitución Política, ellas se derivan del artículo 139, numeral 11 del último cuerpo normativo citado, el cual prevé «la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

Finalmente, está el caso de las denominadas «leyes penales temporales», previstas en el artículo 8 del Código Penal. Por tales se entienden aquellas leyes penales que no tienen vocación de perpetuidad, sino que se dan como respuesta a un fenómeno social determinado.³³ Los efectos de estas normas en el tiempo perduran incluso cuando la norma ya no esté vigente, salvo que exista una disposición en contrario. Aparentemente, esta interpretación va en contra de nuestra postura basada en la re-estabilización de expectativas normativas como objeto del derecho penal, pues al perder vigencia la norma ya no resulta necesario sancionar el quebrantamiento de una expectativa que ya no forma parte de la identidad normativa de la sociedad. Sin embargo, este razonamiento no toma en cuenta que si bien la norma

32 En detalle, cf. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tomo I. 4.a ed. Lima: IDEMSA, 2011, p. 320.

33 Cf. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 319 y s.

ya no rige para nuevas personas, ni para aquellos actos anteriores a su vigencia, la expectativa sigue formando parte de la identidad normativa al haberse establecido que sus efectos permanecen incluso pese a que no esté vigente y nadie más pueda quebrantar la norma penal temporal.

3.3. La prohibición de ultractividad de los efectos generados por leyes penales inconstitucionales

La ultractividad de la norma penal presupone la existencia de un conflicto entre este tipo de leyes. Entran en conflicto la norma vigente en el momento en el que se realizó el hecho, la norma que la modifica y, finalmente, una norma que cesa los efectos de esta última. Para solucionar este conflicto han de recurrirse a los criterios establecidos en la Constitución Política y el Código Penal, según los cuales la regla es que el conflicto se soluciona aplicando aquella norma que sea más favorable a la persona, lo cual nos puede poner en dos supuestos.

En el primer supuesto, la norma penal vigente en la actualidad es la más favorable. La regla en esta variante es la aplicación inmediata de la norma penal, incluso cuando se trate de hechos o relaciones jurídicas anteriores a su vigencia. En el segundo supuesto, la norma penal intermedia, o la norma penal original, son más beneficiosas que la norma actual. En virtud de la prohibición de la aplicación retroactiva maligna y de la favorabilidad en la aplicación de la norma penal, deberá aplicarse —entre estas dos últimas normas— la que resulte más favorable a la persona.

La excepción a esta última regla de favorabilidad de los efectos en el tiempo de la norma penal ha sido dada por nuestro Tribunal Constitucional en lo que denominaremos la teoría de la «nulidad de la ley». Actualmente, el máximo intérprete de la Constitución ha sentado su postura en torno a los efectos que generan las leyes penales que han sido promulgadas y que posteriormente han sido declaradas inconstitucionales: no generan efectos.³⁴ En buena cuenta, debido a que son normas de segundo orden que contravienen una norma de primer orden, entonces nunca

34 Cf. STC. Expediente 0017-2011-PI/TC, fundamento jurídico 37.

tuvieron validez y por lo tanto no resulta legítimo que estas hubieran generado efectos que puedan ser válidamente otorgados.

Los antecedentes de esta teoría se hallan en la STC expediente 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 235, en la cual el Tribunal Constitucional ya mencionaba la posibilidad de regular los efectos en el tiempo de su sentencia. El primer pronunciamiento en el que se hace uso de esta regulación de efectos para el caso de una norma penal sustantiva es el caso Wolfenson, donde tenemos una situación que —vista someramente— podría considerarse el caso de una norma penal intermedia. Existen tres momentos que considerar: *a)* El Código Penal de 1991 no establece la posibilidad de descontar la prisión preventiva; *b)* La Ley 28568 modifica el Código Penal de 1991 y dispone que se descuente de la pena por cumplir el período sufrido de detención domiciliaria, a razón de un día de pena privativa por un día de detención domiciliaria; *c)* La sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la norma señalada, con lo que retoma su vigencia la primera norma.

Podría considerarse la Ley 28568 una ley penal intermedia si se toma en cuenta que es una norma que tuvo efectos por un tiempo determinado, que fueron favorables para los distintos procesados que hubieran sufrido detención domiciliaria, y que esta norma ya no rige al ser declarada su inconstitucionalidad. En esta línea argumentativa, lo lógico debería ser aplicar la regla de favorabilidad, con lo que toda persona que hubiera sufrido detención domiciliaria podría haber solicitado el abono de esta medida cautelar en la pena impuesta.

De haberse seguido esta interpretación, muchos procesados por delitos de corrupción de funcionarios hubieran podido reducir notablemente la pena privativa de libertad que les fue impuesta, porque habrían sufrido prolongados períodos de detención domiciliaria que pudieron ser descontados a la pena que venían sufriendo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, actuando dentro de los marcos interpretativos que legítimamente tiene, interpretó las normas constitucionales en relación con la vigencia de la norma penal en el tiempo y concluyó que la norma penal declarada inconstitucional no generó efectos en el tiempo.

Consideramos que la opción interpretativa asumida por el Tribunal Constitucional es correcta en el resultado, pero incompleta en la fundamentación. Una norma solo puede comunicar un sentido de validez cuando recoge en sí misma el espíritu arraigado de la época en el segmento concreto de la sociedad a donde va dirigida la regulación. No bastaba con declarar inconstitucional a la Ley 28568, sino que era

necesario señalar además que esta no es una ley penal intermedia, y no lo es porque en ella no concurre uno de los requisitos fundamentales para que se presente esta institución jurídica: la ley penal intermedia tiene que tener efectos válidos. Si bien fácticamente la norma pudo generar algún efecto al haberse respetado los requisitos formales para su emisión, esta nunca reunió el requisito de validez material que toda ley de un Estado constitucional de derecho debe reunir: su conformidad constitucional.

Precisamente, la identidad normativa de una sociedad recogida en el espíritu de las leyes penales solo es reconocible por medio de su constitucionalidad. En el segmento social de los delitos cometidos contra la administración pública, el valor de la lucha contra la corrupción se concretiza mediante normas jurídicas, tanto sustantivas como procesales, que impidan la impunidad en la sanción de este tipo de actos. Corresponde al Tribunal Constitucional, como operador jurídico activo en esta lucha, impedir la validez de las normas jurídicas que colisionen con el deber constitucional de luchar contra la corrupción, y que pretendan legitimar situaciones que la sociedad de nuestra época rechaza a todas luces.

4. CONCLUSIONES

- Los principios constitucionales limitan la actividad sancionadora estatal, pero a su vez son también su fundamento. Existen cuatro grandes principios que tienen influencia en este sector del ordenamiento jurídico: legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad. La interpretación que ha de darse a estos principios no es arbitraria, sino que esta se basa en los valores y normas que la Constitución del Estado fija, siendo uno de ellos la lucha contra la corrupción.
- El principio de legalidad es la garantía básica formal en materia jurídica, en general; y en materia sancionatoria (tanto administrativa como penal), en especial. Su origen moderno se halla en el proceso liberal de surgimiento de límites para la actividad estatal que provenía del poder absoluto. Por ello, inicialmente, se entendió este principio exclusivamente como una garantía que desempeña un papel limitador del *ius puniendi* concretado en cuatro aspectos: la existencia de una ley penal previa, la exigencia de norma criminalizadora escrita, que esta norma fuese lo suficientemente clara para que pueda

entenderse, y la imposibilidad de aplicar la analogía en contra de la persona. Pero, como hemos intentado desarrollar en el presente trabajo, el principio de legalidad no solo limita, sino que también fundamenta y legitima la intervención penal sobre la comunicación social.

- La norma penal se rige, salvo excepciones expresamente establecidas (básicamente prohibición de retroactividad maligna), por la regla de aplicación inmediata incluso a causas y efectos preexistentes a ella. En caso de existir un conflicto de normas penales en el tiempo, este se resuelve según el principio de favorabilidad, por el cual la norma aplicable es la más beneficiosa para la persona. En virtud de este principio, es posible que normas que ya no tengan vigencia en el tiempo puedan mantener sus efectos, siempre y cuando estos sean benéficos para la persona (ultractividad).
- En el caso Wolfenson, podría haberse considerado que existió una norma penal de aplicación inmediata cuyos efectos debieron regir a favor de todos los procesados de la misma situación jurídica (la Ley 28568). Sin embargo, esta interpretación hubiera favorecido a muchos procesados y sentenciados por delitos de corrupción de funcionarios, quienes habían cumplido largos períodos de detención domiciliaria que serían descontados de la pena impuesta. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró correctamente que la norma señalada era inconstitucional. Por tanto, la norma aludida tuvo una vigencia fáctica, mas no normativa, lo que implica que nunca estuvo en la capacidad de generar algún efecto que genere un derecho de aplicación inmediata ni ultractiva a favor de los procesados o sentenciados que desearan acogerse a ella.

Segunda parte
Estudios críticos sobre la Parte
Especial de delitos contra la
administración pública

El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión

Yvan Montoya Vivanco

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos de funcionarios públicos cometidos contra la administración pública presentan diversas dificultades político criminales, dogmáticas y procesales. Entre todas estas figuras penales, una de las que más problemas ha presentado para la jurisprudencia y la doctrina penal es la del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. En esta medida, la presente exposición tratará, brevemente, de dar respuesta a las grandes interrogantes surgidas alrededor de este tipo penal. Al respecto, podemos identificar las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es la legitimidad político criminal y constitucional del tipo de injusto de enriquecimiento ilícito?
- ¿Cuál es el bien jurídico protegido en este delito?
- ¿Cuáles son los elementos del tipo penal?, ¿qué naturaleza tiene la conducta tipificada en el artículo 401 del Código Penal? y ¿cómo se interpreta el elemento que demanda que el funcionario que se enriquece «no pueda justificarlo razonablemente»?
- ¿Cómo se afrontan los problemas de participación en un delito funcional de la naturaleza del enriquecimiento ilícito?

2. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL Y POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito ha sido extensamente criticado por la doctrina nacional e internacional. De acuerdo con esta postura crítica,¹ la figura del enriquecimiento ilícito representaría una vulneración a los siguientes principios constitucionales: *a)* principio de legalidad; *b)* principio de lesividad; *c)* principio de culpabilidad por el hecho; *d)* principio de presunción de inocencia; y *e)* principio *nemo tenetur*.

Es importante dilucidar esta legitimación constitucional del tipo penal sobre la base del análisis mismo del alcance de los principios o garantías que los críticos consideran vulnerados.²

a) Con respecto al principio de legalidad

La primera crítica se refiere al principio de legalidad y a la garantía de taxividad o *lex certa* que se desprende de él. Al respecto, señala Sancinetti que en este tipo de delitos no se sabe cuál es el hecho concreto imputado.³ Más aún, los críticos refieren que la legislación penal sanciona acciones u omisiones (artículo 12 del Código Penal peruano) y que la figura de enriquecimiento ilícito no describe ni una acción ni una omisión sino una situación.⁴ En ese sentido, se sostiene que no se sabría o no se conocería la conducta prohibida por el legislador.

1 En esta medida, en el ámbito del derecho comparado, destaca la crítica hecha por SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000; y, en el ámbito nacional, debe destacarse la perspectiva crítica de ABANTO, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Palestra, 2001.

2 No compartimos la idea de Tomás Gálvez Villegas de responder a tales cuestionamientos críticos basándose en una flexibilización de los principios y una acentuación absoluta de los fines político criminales del mencionado tipo penal referidos a la eficiencia en la lucha contra la corrupción. Cf. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: IDEMSA, 2001, pp. 95 y 96,

3 Cf. SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 60. En el caso del ámbito peruano, cf. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2001, p. 465.

4 Cf. SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 16. Describiendo este tipo de críticas, aunque discrepando de ellas, cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 33.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁵ la garantía de taxatividad exige al legislador penal la necesidad de redactar con suficiente grado de determinación la conducta prohibida y su consecuencia, de forma tal que el ciudadano pueda conocer, con meridiana claridad, lo que es objeto de prohibición.⁶ De acuerdo con esa definición, no se exige que la conducta descrita en el tipo deba tener una cualidad determinada⁷ (acción u omisión), sino una conducta que sea expresión de la voluntad humana. En esa perspectiva, considero que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito no lesiona el principio de legalidad, toda vez que la conducta prohibida es clara y precisa: se sanciona a todo aquel funcionario público que se enriquece o aumenta su patrimonio notoriamente por encima de sus ingresos de fuente lícita permisible, como consecuencia del ejercicio de algún cargo. Y es que todo funcionario público, por el estatus que ostenta al ingresar a la función pública, tiene acotadas las fuentes lícitas permisibles para el enriquecimiento de su patrimonio. Así, por ejemplo, el Código de Ética de la Función Pública (artículos 8.1 y 8.2) prohíbe explícitamente recibir dádivas o dinero de fuentes que puedan colocarlo en una situación de conflicto de intereses. En ese sentido, el estatus de funcionario público le obliga a impedir cualquier aumento de su patrimonio de fuente no permitida o a devolver o denunciar el que se haya efectuado. En consecuencia, los márgenes de libertad del funcionario público están debidamente delimitados, de manera que él puede saber qué le está permitido y qué le está prohi-

5 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0010-2002-AI/TC. En esa misma línea, cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. «Fundamentos. La estructura de la teoría del delito». Madrid: Civitas, 2006. HUERTA TOCILDO, Susana. «Principio de legalidad y normas sancionadoras». En *Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 2000, pp. 11-56.

6 En ese sentido, concebimos el principio de legalidad desde una perspectiva absolutamente diferente a la funcionalista sistémica. En efecto, partimos de la perspectiva de ver el principio de legalidad como garantía ciudadana, esto es, desde los intereses del individuo y sus libertades. Sin embargo, desde la perspectiva funcionalista sistémica, el principio de legalidad debe entenderse como un instrumento de objetividad tanto del trabajo del legislador penal como del operador judicial. En otras palabras, en esta concepción, las garantías del principio de legalidad son instrumentos de previsibilidad de las decisiones de estos estamentos estatales. Desde esta última perspectiva, no es punto de referencia si el ciudadano promedio comprende el alcance de lo prohibido por la norma, sino simplemente si los parámetros que establece el enunciado legal permite una decisión previsible.

7 Cf. SCHROEDER, Friederich-Christian. «La posesión como hecho punible». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.a época, n.º 14, 2004, p. 168.

bido.⁸ Con posterioridad, haré referencia a la naturaleza (comisiva u omisiva) de la actividad que se prohíbe con el tipo de enriquecimiento ilícito. Adelantamos que, a pesar del dilema expuesto e incluso de haber sugerido una posición anteriormente, se trata de un comportamiento comisivo de carácter permanente.

b) Con respecto al principio de lesividad

La segunda crítica advierte que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no protege ningún bien jurídico autónomo tutelable por el derecho penal. Se señala al respecto que, en todo caso, los bienes jurídicos protegidos lo constituyen aquellos bienes lesionados con el delito fuente, esto es, los bienes jurídicos protegidos en aquellos tipos de injusto que contienen los delitos que generan el enriquecimiento indebido (peculado, cohecho, etcétera). Esta perspectiva, no compartida por nosotros, niega la autonomía del bien jurídico protegido en el tipo de injusto del delito de enriquecimiento indebido.

En nuestro concepto, el objeto jurídico protegido detrás del tipo de enriquecimiento indebido es uno de carácter autónomo. Para concretar nuestra posición, es preciso, primero, indicar que es posición ampliamente compartida por la doctrina y la jurisprudencia que el bien jurídico genéricamente protegido en los delitos de corrupción de funcionarios (entendido de manera amplia) es el correcto funcionamiento de la administración pública.⁹ La idea central es que este funcionamiento

8 Como señala Manuel Avilés: «[...] ¿cómo puede una persona autoconvencerse e intentar convencer a los demás y darlo como normal, de que se le regala un reloj de joyería de esos de marca potentísima o es invitado a un viaje de lujo en avión privado o en un gran yate y visita lugares exóticos a miles de kilómetros y el gasto lo hace un empresario potente y todo eso no tiene nada que ver de que tenga un cargo político importante? [...] ¿alguien cree que los grandes relojes o las joyas o un viaje de miles de euros o un coche de varios miles de euros, o algo parecido se regala solo para cultivar una amistad desinteresada y limpia?». AVILÉS, Manuel. «El enriquecimiento ilícito: algunas cuestiones previas y generales». En Manuel Avilés (coord.). *El enriquecimiento ilícito*. Alicante: Club Universitario, 2011, p. 60.

9 En la doctrina comparada cf., por todos, ASUA BATARRITA, Adela. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria». En *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 1-55. En la doctrina nacional, cf., por todos, ABANTO, Manuel. Ob. cit. Igual idea sigue la sentencia del Tribunal Constitucional

correcto resulta trascendental en un Estado social y de derecho como el nuestro en la medida que por medio de la administración pública se prestan los servicios públicos esenciales para la existencia de nuestra comunidad política y, sobre todo, prestaciones de servicios particularmente esenciales para la satisfacción de derechos fundamentales de la población más vulnerable. A partir de aquí, se tiende cada vez más a considerar que los bienes jurídicos específicamente protegidos en los concretos tipos penales de carácter funcional están en relación con determinados valores, principios o intereses que acotan o limitan el ejercicio de la función pública. En algunos casos se destacarán algunos principios sobre otros, dependiendo de la actividad o el contexto de lo que específicamente se pretende prohibir.¹⁰

En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, tal como detallaremos posteriormente, se protegen los principios constitucionales de probidad, integridad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública (artículos 6.2, 7.2 y 6.5 del Código de Ética de la Función Pública); esto es, principios fundamentales relacionados con el correcto y regular ejercicio de la función pública.¹¹ Además, la importancia del objeto de protección se evidencia en que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito es una obligación internacional constituida¹² por el Estado peruano en el marco de la lucha contra la corrupción.

c) Con respecto al principio de culpabilidad por el hecho

En conexión con lo anteriormente mencionado sobre el principio de taxatividad, este principio prohíbe en realidad hacer responsable a una persona por su estilo de vida, su comportamiento pasado o por la simple posición que ostenta. Se ha cuestionado que la redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito no describe un

del 3 de mayo de 2012 (expediente 00017-2011), párrafo 14, en la cual el Tribunal señala que «el correcto funcionamiento de la administración pública» no solo es un bien de contenido penal sino que tiene bases constitucionales.

10 Así, por ejemplo, la STC del 3 de mayo de 2012, párrafo 19 destaca que en el delito de colusión se protegen los principios de transparencia de las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

11 La sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada vincula los bienes jurídicos protegidos a una serie de principios que rigen el ejercicio de la función pública.

12 Cf. artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

acto sino una situación¹³ o un autor,¹⁴ lo que afectaría el principio general de que el derecho penal solo sanciona actos u omisiones. Como mostraré más adelante, concuerdo con la opinión de que el delito de enriquecimiento ilícito sanciona una situación,¹⁵ en concreto una posesión; sin embargo, con ello no queremos afirmar que se está reprimiendo algo distinto a una omisión. En ese sentido, fundamentaré más adelante la tesis de que nos encontramos frente a un delito de omisión pura de garante.

d) Con relación al principio de presunción de inocencia

Se ha señalado que la figura del enriquecimiento ilícito lesiona y vulnera el principio de presunción de inocencia, toda vez que se presume la comisión de un delito previo y se provoca una inversión de la carga de la prueba.¹⁶ Según nuestra consideración, no nos encontramos frente a una inversión de la carga de la prueba, sino frente a una distribución de la carga de la prueba.¹⁷ Ello debido a que el fiscal mantiene la obligación de acreditar la situación de enriquecimiento ilícito,¹⁸ hecho que se imputa probando primero el aumento patrimonial desproporcionado y evidenciando luego que solo un fragmento de este está justificado respecto de sus

13 Cf. ABANTO, Manuel. Ob. cit., p. 476.

14 Cf. SALINA SICCHIA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2011, p. 603.

15 Esto queda más claro aún en la redacción original del delito de enriquecimiento ilícito (utiliza el término «enriquecerse»). Desde una perspectiva no patrimonialista de los delitos funcionariales (artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción), es posible entender que el tipo penal, más que prevenir actos concretos de incorporación indebida de bienes al patrimonio de funcionario, lo que pretende es prevenir una situación de aumento u enriquecimiento del funcionario como consecuencia del abuso del ejercicio del cargo.

16 Cf. ABANTO, Manuel. Ob. cit., p. 476.

17 Gálvez Villegas niega que se pueda hablar de una inversión de la carga de la prueba e incluso de una distribución de la carga de la prueba. Cf. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., p. 299. Compartimos la primera afirmación, pero no la segunda (principio de distribución de la carga de la prueba). El error de este autor radica en que fundamenta este último principio sobre el carácter dispositivo de un proceso (carácter que, compartimos, se niega al proceso penal). Tal como lo sostiene Fernández López, el fundamento de este principio radica en el principio de aportación de parte, el cual sí es posible afirmar en el proceso penal. Cf. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: IUSTEL, 2005, p. 279 y ss.

18 Cf. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008.

fuentes lícitamente permitidas¹⁹ (se entiende que, por el estatus que ostenta el funcionario, lo que no se encuentra dentro de dichas fuentes lícitamente aceptables resulta indiciariamente fuente ilícita). Esto último no es una presunción de culpabilidad, sino la consecuencia de los deberes que asume el funcionario en el desempeño del cargo (deber de impedir el enriquecimiento indebido); esto es, al funcionario procesado le corresponderá responder a la imputación fiscal, justificando razonablemente su situación de enriquecimiento. No se trata de que el imputado tenga que probar su inocencia, sino que como parte de su derecho de defensa tiene el derecho de responder al indicio imputado por el Ministerio Público. En consecuencia, debemos negar que estemos frente a la presunción de un delito previo, lo que sucede es que, a partir del estatus especial de funcionario público, se genera una posición de garante respecto al ejercicio correcto de la función pública y, en ese sentido, el deber de impedir enriquecimientos indebidos y, como consecuencia de ello, de fundamentar debidamente todo enriquecimiento obtenido en el período de función pública. Formulado con otras palabras, cuando un sujeto se inserta en la función pública asume un conjunto de derechos y deberes, dentro de los cuales están los de probidad e integridad en el ejercicio del cargo.²⁰ En palabras del legislador argentino Rafael Bielsa, «[...] el candidato que acepta el cargo o empleo, implícitamente acepta, como funcionario, el régimen unilateralmente establecido por el Estado».²¹ Esta condición no puede considerarse abusiva o arbitraria dado que, como sostiene acertadamente Soler, «[...] quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda, que se aparte de la función pública».²²

19 Sigue esta lógica argumentativa —en nuestro concepto correcta— la denuncia de la fiscal de la nación, Nelly Calderón, de fecha 13 de septiembre de 2001, contra un ministro de Estado por delito de enriquecimiento ilícito.

20 A diferencia de la mayoría de la doctrina penal actual, Carlos Caro Coria niega la calidad de una posición de garante del funcionario y, en ese sentido, niega la posibilidad de entender estos delitos como delitos omisivos. Cf. CARO CORIA, Carlos. «El delito de enriquecimiento ilícito». En *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir*. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 150. Al contrario de esta posición y sobre los fundamentos de la tesis que afirma la posición de garante del funcionario público respecto de los principios que rigen el ejercicio de la función pública, cf. el convincente texto de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública / Universidad Santiago de Compostela, 2003, p. 295 y ss.

21 BIELSA, Rafael. «El enriquecimiento ilícito». Citado por SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 24.

22 SOLER, Sebastián. «El proyecto del Código Penal del Dr. Sebastián Soler». Citado por SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 31.

Sancinetti ha cuestionado, en nuestra opinión de manera no convincente, esta postura sobre la base de que el carácter exorbitante del estatus del funcionario público no puede contradecir el carácter indisponible de las garantías constitucionales.²³ Lamentablemente, Sancinetti no fundamenta esta afirmación. En nuestra consideración, los derechos fundamentales o las garantías constitucionales de las cuales uno es titular sí son perfectamente disponibles en situaciones determinadas o frente a actos concretos (los ejemplos de disponibilidad de derechos son múltiples: donación de sangre, autorizar el levantamiento del secreto bancario o la reserva tributaria, aceptar una intervención quirúrgica estética, aceptar los insultos del padre frente a un comportamiento irregular y no plantear querrela alguna, etcétera). Evidentemente, esto es diferente al carácter irrenunciable de tales derechos, los cuales se perfilan como renunciadas en abstracto e intemporales. En ese sentido, aceptar deberes intensos al asumir una función pública no puede suponer la vulneración de derechos o garantías constitucionales.

*e) Con relación al principio *nemo tenetur edere contra se**

Esta crítica es la que, según mi opinión, genera mayores dificultades. El principio constitucional *nemo tenetur*,²⁴ esto es, el derecho del inculpado a guardar silencio o a no incriminarse, quedaría supuestamente lesionado al momento de obligar al funcionario público a explicar el motivo de su enriquecimiento (el cual probablemente sería un acto ilícito penal), bajo amenaza de recibir una sanción penal. Lo que pretende proteger este principio es que a partir del silencio o negativa del imputado a aceptar los hechos presuntamente delictuosos no se derive perjuicio alguno ni sea indicio de nada.²⁵ Teniendo en cuenta ello, es preciso aclarar que no es el silencio o la mentira del imputado sobre la fuente (ilícita) de su enriquecimiento lo

23 Cf. SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 25.

24 En la sentencia del 25 de mayo de 2010 (expediente 897-2010), el Tribunal Constitucional afirmó que «el derecho a no autoincriminarse constituye derecho interno y ostenta fuerza normativa directa, conforme lo establecen los artículos 1 y 55 de la Constitución, en tanto derecho de la persona humana que se encuentra reconocido de manera expresa en el ordinal g) del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos».

25 Cf. BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra: Arazandi, 2004, p. 525.

que permite directamente presumir enriquecimiento ilícito de este, sino el estatus o posición del funcionario público al cual ya hemos hecho referencia. La no ubicación de la fuente de enriquecimiento dentro de las fuentes lícitas permisibles a un funcionario público permite formar un indicio incriminatorio sólido susceptible de quebrar la presunción de inocencia.

De cualquier modo, las garantías y los principios no son absolutos, sino que presentan límites. En ese sentido, en el supuesto de que estemos frente a un colisión de principios, como puede ser el caso del principio de no autoincriminación frente al principio de prohibición de la corrupción o del correcto funcionamiento de la administración pública (STC del 14 de septiembre de 2009, expediente 4407-2007 PHD/TC), se requerirá una ponderación de derechos y bienes jurídicos. En tal sentido, creo que el principio *nemo tenetur* deberá ceder, en el caso particular de este tipo de delitos funcionariales, a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado un mandato constitucional,²⁶ un principio constitucional²⁷ y un interés preponderante²⁸ e internacional:²⁹ la prohibición de la corrupción y el correcto funcionamiento de la administración pública.

Finalmente, creo importante mencionar una crítica realizada por el profesor Marcelo Sancinetti en materia de política criminal³⁰ al momento de hablar sobre la inoperancia del precepto penal en la jurisprudencia argentina. Me parece claro y obvio que en el Perú la utilidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito es incomparable con la del contexto argentino, ello debido a la recurrencia con que la justicia se ha valido de este tipo penal para perseguir y sancionar grandes y graves casos de alta corrupción. La legitimidad democrática del tipo penal no está en juego.

26 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 006-20006-CC/TC.

27 Cf. Sentencias del Tribunal Constitucional en los expedientes 009-2007-PI /TC y 0010-2007-PI/TC.

28 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 00019-2005-AI/TC.

29 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 1271-2008-HC/TC.

30 Cf. SANCINETTI. M. Ob. cit., pp. 16-19.

3. SOBRE EL BIEN JURÍDICO

Hemos adelantado nuestra opinión sobre el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, es importante recordar que existen dos posiciones en debate. Por un lado, un sector de la doctrina³¹ considera que el bien jurídico depende, a su vez, de los bienes jurídicos afectados con los delitos que ocasionan y originan el enriquecimiento (cohecho, peculado, entre otros). Así, el delito de enriquecimiento ilícito se convierte en una figura subsidiaria y de peligro frente a los bienes jurídicos protegidos con la conducta precedente. Sin embargo, la jurisprudencia³² ha sido clara al momento de señalar que la fuente ilícita de los actos precedentes puede estar constituida por diversos comportamientos u omisiones simplemente no ajustados a derecho: delitos de funcionarios públicos, delitos comunes e infracciones administrativas ajenas a la problemática penal.³³ Esto se deduce del hecho de que cualquier fuente ilícita de enriquecimiento vinculada al ejercicio del cargo afecta o vulnera los principios de probidad, integridad y otros principios que se protegen en el ejercicio de la función pública. En consecuencia, la fuente de un enriquecimiento ilícito no está limitada a la realización de actos delictivos previos y menos aún a la realización de otros delitos funcionariales (cohecho, peculado, etcétera).³⁴

Teniendo en cuenta esta perspectiva, considero que estamos frente a un bien jurídico autónomo. Lo complejo del tema es determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos específicos que protegen detrás del tipo de injusto del delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, si bien sabemos que en los delitos contra la administración pública lo que se protege en general es el correcto funcionamiento de la

31 Cf. ABANTO, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Grijley, 2003, pp. 540-541. Posición semejante se aprecia en CARO CORIA, Carlos. Ob. cit., p. 142.

32 Cf. Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 09-2001.

33 Cf. Sentencia de la Corte Suprema del 16 de mayo de 2003 recaída en el Recurso de Nulidad 09-2001.

34 En consecuencia, no compartimos la posición de Gálvez Villegas, quien considera que la fuente debe ser de un ilícito penal. Cf. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. Ob. cit., p. 140. Esta posición nos lleva a evaluar o determinar necesariamente la fuente penalmente ilícita del enriquecimiento, lo que desvirtúa la finalidad político criminal de esta figura.

administración pública, resulta necesario precisar y determinar el objeto jurídico concreto de protección en cada delito funcional. Nuestra concepción es que el bien o bienes jurídicos protegidos en el delito de enriquecimiento ilícito se aproximan considerablemente al bien jurídico genérico de protección, pero enfatizando en algunos principios nucleares que determinan el ejercicio correcto de la función pública. En mi opinión, como ya hemos mencionado, el bien jurídico protegido está constituido por los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública, principios que están reconocidos por el Código de Ética del funcionario público y tienen su base implícita en la Constitución Política del Estado.³⁵ Estos principios prohíben que el funcionario público acepte el acrecentamiento o enriquecimiento de su patrimonio a partir de fuentes no permitidas según su estatus especial.

Adscribirnos a esta posición otorga grandes ventajas jurídicas. En primer lugar, defender la autonomía del delito de enriquecimiento ilícito no es incompatible con el carácter residual o subsidiario de este delito frente a otros delitos contra la administración pública. En efecto, varios tipos de delitos funcionariales como el delito de peculado o el cohecho pasivo protegen en gran medida los mismos principios. La diferencia radica en el contexto en el cual tales principios se protegen. Mientras que, en el peculado, la probidad y otros principios se protegen en el contexto de la administración o custodia de patrimonio asignado al Estado; en el enriquecimiento ilícito, la probidad se protege en el contexto de toda la actividad funcional. En ese sentido, no resulta inconveniente plantear que en algunos casos pueda observarse un enriquecimiento ilícito derivado de un acto de peculado, lo que debe resolverse, dado el mismo bien jurídico protegido, aplicando el delito de peculado sobre la base del principio de especialidad (concurso aparente de leyes penales). En segundo lugar, nuestra postura nos permite negar la crítica que, en tanto se dice que no es posible identificar un objeto del bien jurídico,³⁶ la tipificación de la presente conducta vulnera el principio de lesividad. Como hemos mencionado, nuestra interpretación permite identificar un bien jurídico concreto: los principios de probidad e integridad, transparencia y veracidad en el ejercicio

35 Véase al respecto la construcción de los principios constitucionales protegidos en el delito de colusión en la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de mayo de 2012 (expediente 017-2012 PI/TC).

36 Cf. ABANTO, Manuel. Ob. cit., p. 541.

del cargo. Cuando el funcionario acepta enriquecerse o acrecentar su patrimonio a partir de fuentes patrimoniales no permitidas está lesionando los bienes jurídicos mencionados.

4. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Luego de haber identificado el bien jurídico en el delito de enriquecimiento ilícito, pasaré a detallar los elementos del tipo penal. Así, podemos identificar los siguientes elementos:³⁷ *a)* ejercicio de un cargo público; *b)* enriquecimiento del funcionario público; *c)* la ilicitud del enriquecimiento y su carácter de delito; y *d)* vinculación entre el ejercicio del cargo y el enriquecimiento.

a) Ejercicio de un cargo público

El delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial. Este hecho jurídico tiene implicancia en la teoría de la autoría y la participación, toda vez que, de acuerdo con la teoría de la unidad del título de la imputación, el funcionario público será autor del delito mientras que el *extraneus* se constituirá como partícipe. Ahora bien, lo relevante de la categoría de delito especial trasciende de lo meramente formal. Como bien lo señala Vásquez Portomeñe, la característica de los delitos especiales tiene como elemento peculiar la situación particular en la que se halla el autor frente al bien jurídico; esto es, una posición de estatus que comparte los esquemas conceptuales de la posición de garante, de forma que en ella reside el propio fundamento de la tipicidad.³⁸ Con ello lo que se quiere decir es que la categoría de delito especial trasluce el hecho de que la persona que ocupa un cargo en la función pública asume no solo potestades sino un conjunto de derechos y deberes extensivos que delimitan de antemano y de forma clara sus actos. En este sentido, es posible trazar de forma clara la frontera entre las fuentes legítimas de enriquecimiento y las fuentes ilícitas, de modo que fuera del primer parámetro todo se

37 Cf. Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad 589-2008.

38 Cf. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Ob. cit., pp. 322-331.

considerará, de manera automática, fuente no lícita. Como bien ha señalado el profesor Sebastián Soler, uno de los principales defensores del presente tipo penal: «[...] la asunción de un cargo público, comporta un deber [...] de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial».³⁹

b) Enriquecimiento del funcionario público

En relación con el enriquecimiento, se debe tener en cuenta que el sentido del tipo penal no se centra en el acto de incorporación de algún bien al patrimonio del funcionario, sino en la situación de acrecentamiento o enriquecimiento de su patrimonio. Son dos momentos relacionados pero distintos. El acto de incorporación es el primer momento y el acto de acrecentamiento o enriquecimiento del patrimonio es un segundo momento. El tipo penal se concentra en el segundo momento, esto es, en el comportamiento de acrecentar o enriquecer su patrimonio.⁴⁰ Esto queda en evidencia sobre todo por dos razones. En primer lugar, porque el enriquecimiento ilícito no solo se produce por actos de incremento o incorporación de un bien al patrimonio del funcionario, sino por la disminución o extinción de pasivos por parte de terceros (estos no son supuestos de incorporación de bienes al patrimonio).⁴¹ Por lo tanto, el elemento central no será el acto de incorporar algún bien al patrimonio del funcionario sino de acrecentarlo sea por actos comisivos como también por comportamientos omisivos (disminución de pasivos). En segundo lugar, interpretar el tipo penal sobre la base de actos concretos de incorporación de bienes al patrimonio del funcionario vuelve a incurrir en el error de considerar estos delitos como si fueran de naturaleza patrimonialista y no centrada en la infracción de principios o valores que informan el ejercicio de la función pública. Esta tendencia viene prescrita no solo por la Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo XII), sino también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en reciente sentencia del 3 de mayo de 2012, a propó-

39 SOLER, Sebastián. *Proyecto de Código Penal*. Citado por SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 31.

40 Como veremos posteriormente, esto no implica que no sea importante determinar luego la fuente de dicho acrecentamiento o dicho enriquecimiento. Sin embargo, se trata de un presupuesto necesario, pero no del verbo nuclear del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

41 Cf. Sentencia emitida por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 847-2006.

sito de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 29703 que reformaba el delito de colusión de funcionarios.

De ello se desprende algo trascendente, esto es, el hecho de que lo que estamos sancionando no es un acto puntual o una suma de actos puntuales aislados, sino que, por el contrario y tal como ya lo dijimos, estamos frente a una situación de acrecentamiento o de enriquecimiento del patrimonio del funcionario que no se puede justificar. En buena cuenta, estamos ante un delito de posesión. Se prohíbe al funcionario público poseer patrimonio de fuente indebida o ilícita. El enriquecimiento es apreciable preliminarmente por medio de una comparación de la evolución real del patrimonio del funcionario con las declaraciones juradas, las que por ley están obligados la mayor parte de funcionarios públicos a presentar.

Queda por determinar qué implica acrecentar o enriquecerse patrimonialmente. ¿Se trata de una conducta puntual o de una omisión (de impedir dicho acrecentamiento o enriquecimiento)? En este punto hemos tenido en cuenta el debate intenso entre la profesora Nuria Pastor Muñoz,⁴² quien afirma que se trata de un comportamiento omisivo, especialmente una comisión por omisión, y el profesor Juan Pablo Cox Leixelard,⁴³ quien niega la naturaleza omisiva de los delitos de posesión y afirma el carácter comisivo de estos delitos.

No es este el espacio para exponer los detalles del debate mencionado; por el momento nos convence la tesis del profesor Cox Leixelard, según la cual, la posesión de bienes o patrimonio (prohibidos o no, este no es aún el tema que vamos a tratar) es un comportamiento que supone control o dominio del sujeto sobre tales bienes o patrimonio, en consecuencia «[...] la tenencia de una cosa o bien dentro de una esfera de custodia supone el ejercicio de una actividad, da lugar a un proceso dinámico que se prolonga en el tiempo».⁴⁴

Una vez delimitado que el acrecentamiento o enriquecimiento del patrimonio del funcionario es un comportamiento comisivo permanente, corresponde ahora pre-

42 Cf. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Ob. cit., p. 33.

43 Cf. COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión: base para una dogmática*. Montevideo: B de F, 2012. Véase especialmente desde la p. 120 en adelante.

44 Ib., p. 175.

cisar cuándo o cómo se configura el carácter ilícito de dicho enriquecimiento o acrecentamiento del patrimonio. Dado que hasta aquí no existe una conducta con relevancia penal, la ilicitud del enriquecimiento se constituye como elemento central del tipo penal. En nuestra consideración, la ilicitud se configura en el mantenimiento de un patrimonio o de determinados bienes de dicho patrimonio que se obtuvieron de fuente no permisible según el estatus del funcionario público y como consecuencia del ejercicio de dicha función. Es por tal motivo que la ilicitud del enriquecimiento radica en aquella conducta que contraviene una norma jurídica, sea cual fuere su naturaleza jurídica, pero siempre vinculada al desempeño de la gestión pública. En palabras de la Corte Suprema,⁴⁵ el origen ilícito debe provenir de actividades no ajustadas a derecho. Como vemos, no se dice que la fuente sea necesariamente un delito contra la administración pública, sin que simplemente se traten de actividades no ajustadas a derecho. Ello se desprende del hecho de que la ilicitud parte de la obligación del funcionario de impedir o evitar tal situación de enriquecimiento de fuente no lícita. De ahí se desprende que todo lo que no esté permitido sea automáticamente considerado un indicio de un acrecentamiento indebido del patrimonio del funcionario.

c) La ilicitud del enriquecimiento y su carácter de delito permanente

El delito se constituye con la mantención de una situación de enriquecimiento o de acrecentamiento de un patrimonio o de bienes de ese patrimonio que provienen de fuente jurídicamente no permitida. Esta característica marca la naturaleza permanente del delito, el cual cesa cuando dicho patrimonio ilícito sea oportunamente devuelto o denunciado, según corresponda, por el propio funcionario o cuando este (el patrimonio ilícito) sea descubierto por el sistema penal. Que el funcionario público mantenga un patrimonio o bienes de fuente ilícita supone ya la vulneración de los principios de probidad, integridad, transparencia y veracidad. Ello, que puede suponer actos de consumación instantánea, no impide en absoluto considerar esta figura un delito permanente. Mientras que el concepto de consumación es un concepto formal, la terminación o la consumación material implica el cese de la situación de la antijuridicidad mantenida por el funcionario públi-

45 Cf. Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 09-2001.

co.⁴⁶ Evidentemente, el estatus del funcionario público y su posición de garante respecto de los principios que rigen el ejercicio de la función pública no solo le prohíben aceptar o tolerar el enriquecimiento de su patrimonio de fuente ilícita, sino que lo obligan a adoptar todas las medidas necesarias para no mantener dicho patrimonio maculado.

La mantención de una situación patrimonial ilícita por parte del funcionario público puede materializarse no solo en no haber evitado dicha situación sino (*ex post*) también por comportamientos omisivos como no devolver o no denunciar tal patrimonio según corresponda.

A partir de todo lo mencionado, la razonabilidad de la justificación de la fuente de enriquecimiento es un criterio de valoración probatoria que incidirá directamente en la determinación de licitud o ilicitud de tal situación de enriquecimiento de su patrimonio. De esto se desprende que el núcleo de lo prohibido no es, en esencia, la no justificación del enriquecimiento sino el haber mantenido dicha situación de enriquecimiento indebido o, entre perspectiva negativa, no haber impedido o evitado (teniendo el deber de hacerlo) dicho enriquecimiento.

d) Relación funcional entre el enriquecimiento ilícito y el ejercicio del cargo

El enriquecimiento ilícito debe originarse y mantenerse durante y como consecuencia del ejercicio del cargo público. Esta concepción determina dos limitaciones: la relación funcional y la relación temporal. De la primera se desprende que el enriquecimiento debe ser a propósito del ejercicio del cargo.⁴⁷ Esto quiere decir que, como bien lo has señalado el Pleno Jurisprudencial del 2008,⁴⁸ el funcionario público debe haber hecho uso de su cargo para enriquecerse ilícitamente. Respec-

46 Una mayor explicación sobre la diferencia entre consumación (en sentido formal) y terminación (consumación material) se expone en MONTROYA VIVANCO, Yvan. «El delito de desaparición forzada de personas como delito permanente». Cuaderno de Trabajo n.º 11. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

47 Cf. Sentencia emitida por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 589-2008.

48 Cf. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008.

to a la segunda delimitación, se exige que el enriquecimiento haya ocurrido durante el cargo público, no de forma previa o posterior al cargo. Pese a ello, existe una extraña jurisprudencia que señala lo siguiente: «[...] el enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la mediada que es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo».⁴⁹ ¿Qué quiere decir la Corte Suprema cuando se refiere a un criterio ultratemporal? Pareciera que se está haciendo referencia a los casos en los que el funcionario público, si bien no se enriquece, puede favorecer a terceros y luego, una vez retirado de la función pública, el tercero favorecido lo recompensa patrimonialmente o lo incorpora a su centro de trabajo con un sueldo muy elevado. Sin embargo, en nuestra opinión, el término «ultratemporal» continúa siendo gaseoso y de difícil comprensión.

5. PROBLEMAS EN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Tradicionalmente, se ha interpretado el delito de enriquecimiento ilícito como uno de naturaleza comisiva e instantánea, de forma que se consumaría con el solo acto de enriquecerse. Sin embargo, una definición como esta genera serias dificultades frente a los supuestos de participación del delito. Por ejemplo: un funcionario público, en abuso del cargo, se enriquece indebidamente. Con el objetivo de eliminar los indicios de su actividad ilícita, y luego de haber recibido el dinero ilegal, el funcionario público empieza a entregar dinero a sus parientes y amigos, quienes a su vez forman negocios para continuar acrecentando el dinero ilícito. Parece claro que, desde la teoría de la unidad del título de la imputación, el funcionario público respondería como autor del delito de enriquecimiento ilícito. Ahora bien, ¿qué sucede con sus familiares y cómplices? Si continuamos con la teoría de la unidad del título de la imputación, el *extraneus* deberá responder como cómplice del delito contra la administración pública. Sin embargo, estamos frente a lo que, en la lógica de los delitos instantáneos, se constituiría como una intervención posconsumativa

49 Sentencia emitida por la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 09-2001.

y que, por lo tanto, sería impune. Al respecto, véase la emblemática sentencia del 30 de diciembre de 2004 en la que se absuelven a los cómplices (familiares) de un delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público.

Así, toda intervención de un *extraneus* posterior al incremento del patrimonio o a la disminución de los pasivos sería impune. Lo único que puede evitar esta consecuencia de impunidad es la teoría parcialmente aceptada del acuerdo previo. De acuerdo con esta teoría se tiene que demostrar un pacto o acuerdo previo a la comisión del hecho delictivo entre el autor (*intraneus*) y los partícipes. Sin embargo, como ocurrió en el caso de la sentencia mencionada, hay supuestos en los que existe una pausa de tiempo relativamente amplia entre el momento originario del enriquecimiento del funcionario y el momento en que se favorecieron los terceros *extraneus*, de forma que su participación impune se ubicaría en la fase de agotamiento.

Pero esta interpretación —que lleva a la impunidad de los partícipes— solo es posible si se sigue aceptando pasivamente la tesis de que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito comisivo e instantáneo. En nuestro concepto, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito efectivamente comisivo pero permanente, dado el control y dominio real que el funcionario público mantiene del patrimonio o de determinados bienes obtenidos ilícitamente, teniendo el deber —por el estatus y los deberes que ostenta— de evitarlo, impedirlo, devolverlo o denunciarlo, según corresponda. En otras palabras, la situación, y con ella el delito, permanecerá en tanto el deber de rechazar el patrimonio ilícito se mantenga. Es evidente que durante ese período puede evidenciarse cualquier tipo de participación delictiva, especialmente la complicidad. Asimismo, es evidente que durante ese tiempo no empezará a correr el plazo de prescripción.

Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional

Yvana Novoa Curich y Julio Rodríguez Vásquez

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los tipos penales más problemáticos dentro de la gama de delitos contra la administración pública es el de enriquecimiento ilícito. En este sentido, el Poder Judicial se ha encontrado con diversas dificultades al momento de afrontar casos reales de enriquecimiento ilícito, específicamente, problemas dogmáticos y en materia probatoria. Este artículo busca exponer algunos de dichos problemas, así como los aciertos y errores jurisprudenciales al momento de darles solución. Para ello, hemos realizado una búsqueda exhaustiva y un análisis detallado de la jurisprudencia más relevante de la Corte Suprema de la República y Superior de Lima, emitida entre el 2005 y el 2012.¹

En esta medida, el presente artículo tratará de abordar de manera crítica los siguientes temas: *a)* el delito de enriquecimiento ilícito y el principio de *ne bis in idem* dado que se procesan penalmente casos por la comisión de un delito fuente del enriquecimiento ilícito y, a su vez, se procesa por el delito de enriquecimiento ilícito; *b)* casos problemáticos de «encubrimiento» del incremento patrimonial ilícito; y *c)* algunas consideraciones sobre la valoración de la pericia contable en el delito de enriquecimiento ilícito.

1 Dicha jurisprudencia nos la proporcionó el Centro de Investigaciones Judiciales (CIJ) y también fue extraída de otras fuentes como la página web del Poder Judicial.

2. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM*

2.1. Definición y fundamento

El principio de *ne bis in idem* en su dimensión sustantiva o material consiste en el derecho fundamental a no ser castigado dos veces por el mismo hecho cuando exista identidad de hecho, sujeto y fundamento. Se trata de un principio que deriva de la cláusula del Estado de Derecho.²

Si bien este principio no se encuentra contemplado expresamente en la Constitución Política de 1993, la dimensión material encuentra su fundamento dentro del principio de proporcionalidad y también se encuentra relacionado con el principio de legalidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre este principio indicando lo siguiente:

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, [...] a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.³

De esta manera, se entiende que lo que busca evitar el principio de *ne bis in idem* es el exceso en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado al prohibir que se sancione dos veces (o se valore dos veces un mismo elemento) por un mismo hecho a una misma persona y bajo un mismo fundamento. Es decir, busca impedir un

2 Cf. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Estudios de derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2012, p. 166.

3 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2050-2002-AA/TC, fundamento 19.

trato desproporcionado en la aplicación de la sanción penal.⁴ La gravedad de la pena que se imponga debe ser proporcional en relación con el hecho que se busca sancionar.⁵

Como ya se señaló, el principio de *ne bis in idem* encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad, el cual está parcialmente establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal que sostiene que «la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho [...]». Al respecto, puede decirse que este principio le exige al juzgador verificar que la pena se encuentre en relación de correspondencia con el injusto cometido por el agente. Es decir, debe haber correspondencia entre la gravedad del hecho y la pena que corresponde aplicar.⁶

Cabe mencionar que la dimensión procesal de este principio supone que nadie puede ser procesado dos veces por la misma infracción. Esta dimensión del principio constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso, el cual se encuentra plasmado en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que «en su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta [...] que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo *objeto*. Con ello se impide la dualidad de procedimientos, así como el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos».⁷

2.2. El enriquecimiento ilícito y el principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Como ya se mencionó, los temas abordados en el presente artículo se estructuran sobre la base del análisis de diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia. De este modo, en el tema concerniente al presente apartado, hemos seleccionado al-

4 Cf. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 76.

5 Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2004, p. 136.

6 Cf. Recurso de Nulidad 3242-2003.

7 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 04819-2011-PHC/TC, fundamento 2.

gunas sentencias que pueden ilustrar un problema que parece pasar desapercibido en el análisis realizado por la Corte al emitir sus fallos. Este problema es el concerniente a la denuncia fiscal por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito y, a su vez, se fundamenta en los mismos hechos y mismos sujetos, por la supuesta comisión de otros delitos contra la administración pública como lo es, por ejemplo, el peculado.

Pues bien, como se sabe, el delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el artículo 401 del Código Penal, es un delito residual, es decir, se sanciona la comisión de este delito cuando no es posible evidenciar la comisión de un delito contra la administración pública previo, pero sí es posible detectar un incremento no justificable razonablemente en el patrimonio de un funcionario público. Se entiende que si el funcionario público no es capaz de justificar razonablemente la procedencia de aquel monto que incrementa su patrimonio (o reduce sus pasivos), entonces dicho enriquecimiento proviene de actividades no ajustadas al ordenamiento jurídico.⁸ Siendo esto así, consideramos que se vulneraría el principio de *ne bis in idem* en aquellos casos en los que, incluso desde la denuncia fiscal, se acusa a la vez por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y por la comisión de otro delito respecto del cual el funcionario se habría enriquecido ilícitamente. Esto, a nuestro parecer, constituye un claro exceso que los tribunales nacionales deben saber abordar y, en consecuencia, no condenar por ambos ilícitos cuando se basan en los mismos hechos, la misma persona imputada y el mismo fundamento. No obstante, cabe anotar que esto no impide considerar la posibilidad de un concurso real o ideal en aquellos casos en los que el delito fuente del enriquecimiento no logra en absoluto explicar o solo explica muy parcialmente el considerable desbalance patrimonial no justificado por el funcionario público. En estos casos se requiere de los dos tipos penales para desvalorar el hecho.

Es importante considerar que, a pesar de que el delito de enriquecimiento ilícito tenga un bien jurídico autónomo —referido a la integridad, probidad o transparencia en el ejercicio de la función pública—, este último, al ser un bien jurídico

8 Cf. Ejecutoria Suprema del 30/12/2004, recaída en el Recurso de Nulidad 2976-2004-LIMA. En SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema de la República*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 652. Citado por ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada*. Tomo II: «Parte especial». Lima: IDEMSA, 2009, p. 634.

genérico, comprendería implícitamente los objetos de protección de las otras figuras penales como lo sería el peculado, el cohecho, la colusión, entre otras. En este sentido, se cumpliría con la identidad de fundamento cuando se intenta abrir proceso contra una misma persona por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y de su delito fuente, a la vez, y se basa en el mismo hecho.

A continuación, analizaremos los extractos pertinentes de algunos fallos de la Corte Suprema donde se aprecia el problema planteado.

a) *Recurso de Nulidad 2328-2006 Apurímac*

Primero: Que en el aspecto impugnatorio el señor Fiscal Superior, en su recurso de nulidad interpuesto [...], alega que *se encuentra acreditado el delito de enriquecimiento ilícito que se atribuye a los encausados durante su gestión edil, aprovechándose de sus cargos se apropiaron de dinero del Estado e incrementaron su patrimonio;* [...] Segundo: Que en el aspecto fáctico [...] del contexto de la acusación Fiscal [...] aparece que los hechos incriminados consisten entre otros [en] que durante el ejercicio de los años de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho, los procesados David Huamán Ccerare, en su condición de Alcalde y Serapio Aguirre Mena y Santos Anampa Falcón, ambos en su calidad de Regidores de la Municipalidad Distrital de Tintay cuando asumieron estos dos últimos el cargo de tesorería para el cual estaban impedidos, se apropiaron de dinero de la Municipalidad consistente en fondos por ingresos del año mil novecientos noventa y seis; que pagaron viáticos indebidamente; que no justificaron la disposición de dieciocho mil nuevos soles del Fondo de compensación Municipal [...] (Las cursivas son nuestras)

Como puede apreciarse en este primer extracto, el fiscal basa su acusación por enriquecimiento ilícito en el hecho expreso de que los funcionarios públicos en mención se apropiaron de dinero público. En este orden de ideas, si al fiscal le quedaba claro que había ocurrido una apropiación de dinero e incluso se tenía pruebas de las diferentes formas de apropiación, pues debió acusar por el delito de peculado. Inclusive, tácitamente se entiende que lo que se ha cometido es el delito de peculado. Acusar por el delito de enriquecimiento ilícito, a pesar de tener todos esos elementos de prueba, constituye un claro exceso. Al respecto, la Corte en este caso indicó lo siguiente:

[...] no se ha llegado a determinar la materialidad del delito de enriquecimiento ilícito que se atribuye a los encausados [...] así como no se ha establecido su responsabilidad penal por dicho delito [...] Séptimo: *Que debe tenerse en cuenta que los encausados fueron condenados como autores del delito de peculado, en el contexto de la sentencia recurrida [...]* Por estos fundamentos declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia [...] (Las cursivas son nuestras)

Como se puede apreciar, la Corte no acepta la tesis del fiscal, pero no señala expresamente que condenar a los acusados por enriquecimiento ilícito vulneraría el principio de *ne bis in idem* en tanto sería un claro exceso contra los acusados, más aún cuando se menciona brevemente en la sentencia recurrida que a los acusados ya se les había condenado por peculado. La Corte apela a un argumento poco pertinente como es que «no se ha establecido su responsabilidad penal por dicho delito».

b) Recurso de Nulidad 3238-2006 Cusco

Primero: Que, el marco de la pretensión impugnatoria por el que la presente causa viene a conocimiento de este Supremo Tribunal, está constituido por el recurso de nulidad [...] que absuelve a Felipe Cirilo Castro Cuentas de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública —Peculado, Malversación de fondos, corrupción de funcionarios y enriquecimiento indebido— en agravio del Estado [...] Segundo: Que el suceso histórico que se atribuye al procesado Castro Cuentas estriba en que en su condición de Teniente Alcalde de la Municipalidad Distrital de Quiquijana —Cusco, conjuntamente con el Alcalde [...] Juan Francisco Castro Tapia [...] adquirieron el vehículo tipo Combi «Asia» [...] por la suma de cuarenta y un mil ochocientos dólares americanos, empero se dio una cuota inicial de once mil ochocientos dólares americanos y se firmaron veinticuatro letras de mil seiscientos veinticinco dólares americanos cada una, los que sumados hace un total de cincuenta mil ochocientos dólares americanos, cuyo precio fue sobrevaluado pues el citado proveedor lo adquirió tres meses antes de esta transacción por el monto de catorce mil ciento veintiocho dólares; asimismo, [...] no se conformó un comité de adquisición ni se convocó a licitación todo *con el afán de apropiarse de dinero proveniente del Estado y enriquecerse ilícitamente.* (Las cursivas son nuestras)

En este caso, se aprecia que la argumentación del procurador anticorrupción de Cusco —que plantea el recurso de nulidad— por la cual asevera que se ha cometido peculado y enriquecimiento ilícito —entre otros delitos— se basa en un mismo hecho: apropiarse de dinero proveniente del Estado y mantenerlo en su poder. Sobre ello, es importante resaltar que «un supuesto propio de la doble incriminación o punición es la prohibición de doble valoración, en cuya virtud de una misma circunstancia o hecho no se pueden extraer dos o más consecuencias con repercusiones en la responsabilidad penal y/o en la punibilidad».⁹ En este sentido, no se deben valorar de manera doble aquellos elementos que conforman la definición típica. Asimismo, cabe indicar que en este caso no se trataría de un concurso de delitos entre el delito previo y el enriquecimiento ilícito, sino que este último sería la fase de agotamiento del delito previo, razón por la cual el desvalor de enriquecerse ilícitamente ya estaría incorporado en el reproche penal dirigido hacia el delito previo. En buena cuenta, se debe aplicar el mismo razonamiento que puede apreciarse respecto a la relación entre el delito de lavado de activos y su delito previo:

[...] no habría posibilidad de alegar la punición del autor que realiza luego acciones materiales de lavado de dinero, por la sencilla razón que se trataría de actos posteriores impunes, esto es, se trataría de actos de agotamiento del delito previo. El lavado de activos solo sería para quien ha intervenido en el hecho previo una consecuencia implícita de la comisión del delito anterior, pues nadie realizaría un delito para guardar u ocultar las ganancias, sino más bien emplearlas con los más diversos fines. Pretender la sanción de quien participa en el posterior hecho del lavado supone en buena cuenta infringir y pasar por alto la garantía del *non bis in ídem*.¹⁰

Pues bien, en el caso sobre el que recae esta sentencia, la Corte falló confirmando la inocencia del procesado respecto a la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, indicó que no se practicó ningún elemento de prueba que acredite el incremento patrimonial indebido. Sin embargo, consideramos una vez más que hubiera sido adecuado que la Corte se pronunciara expresamente sobre la prohibición de *ne bis in ídem* y reafirmara la inocencia del acusado en el extremo referido al enri-

9 Cf. SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 166.

10 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*. Lima: Grijley, 2004, p. 38.

quecimiento ilícito en tanto se le acusó por peculado sobre la base del mismo hecho: la apropiación de dinero público y el mantenimiento de este en su patrimonio.

c) *Recurso de nulidad 2565-2007 Arequipa*

Primero: Que el marco de la pretensión impugnatoria por el que viene la presente causa a conocimiento de este Supremo Tribunal, está constituido por el recurso de nulidad interpuesto [...] contra la sentencia [...] que absuelve de la acusación fiscal al procesado Luis Gonzalo Gonzáles Adrián por el delito de enriquecimiento ilícito y a Juan Cancio Vega Pimentel también por el delito de enriquecimiento ilícito y peculado [...]. Segundo: Que el suceso histórico objeto del proceso estriba en que [...] los procesados Luis Gonzalo Gonzáles en Adrián en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Polobaya y Juan Cancio Vega Pimentel en su condición de Asesor Externo Contable de la citada Municipalidad, habrían cometido los siguientes hechos ilícitos: i) haberse enriquecido ilícitamente al apropiarse aproximadamente de trescientos veinticuatro mil quinientos noventa y ocho nuevos soles con setentidós céntimos de nuevo sol; ii) haberse apropiado en beneficio propio y de terceros de quinientos cincuenta y seis mil ciento sesenta nuevos soles con cuarentidós céntimos de la fuentes de financiamiento del fondo de compensación, canon minero, renta de financiamiento [...]; y iii) al momento de la transferencia de cargo al nuevo alcalde electo, el encausado Gonzáles Adrián se negó a entregar la documentación contable y financiera que sustentaba los gastos y gestiones realizadas durante su gobierno.

Como puede apreciarse, en este caso concreto también se acusó y abrió proceso penal tanto por el delito de peculado como por el de enriquecimiento ilícito contra las mismas personas. A diferencia de las sentencias comentadas anteriormente, en este caso la Corte Suprema se pronunció específicamente sobre esta doble imputación basada en los mismos hechos, indicando lo siguiente:

[...] este Supremo Tribunal estima se procedió correctamente al concluir por la absolución a los procesados Luis Gonzalo Gonzáles por el delito de enriquecimiento ilícito y a Juan Cancio Vega Pimentel por el delito de enriquecimiento ilícito y peculado, y la condena al sentenciado Luis Gonzalo Gonzáles Adrián por el delito contra la administración pública —peculado—. Sexto: *Que se arriba a esta conclusión en cuanto a la irresponsabilidad penal del*

proceso Luis Gonzalo Gonzáles por el delito de enriquecimiento ilícito, especialmente porque el desbalance económico imputado se debe al dinero ilícitamente apropiado en su calidad de funcionario público representante de la Comuna agraviada. (Las cursivas son nuestras)

En este sentido, consideramos correcto que la Corte haya hecho referencia a que cuando un funcionario se apropia de dinero y se prueba que comete peculado, en este caso, ya no cabe acusarlo y mucho menos condenarlo por la comisión de enriquecimiento ilícito si dicho aumento en su patrimonio se fundamenta en el dinero apropiado previamente al cometer peculado.

d) Recurso de Nulidad 510-2005 Áncash

Segundo: Que de estudio de autos se desprende que los hechos ilícitos denunciados por el Presidente del Frente de Defensa de los Intereses del Pueblo de Taricá, don Pepe Zarzosa Villafán, están circunscritos a dos actos efectuados por el procesado Pelé Rodolfo Tinoco Meyhuay en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Taricá - Huaraz, como son el haber contratado con el Regidor Isaías Obregón Tinoco (también procesado en autos) para el transporte de materiales de construcción para diferentes obras en el Distrito, [...] por las sumas de ochocientos setenta y doscientos nuevos soles respectivamente; así como también haber efectuado transacción con su co-encausado el Regidor de la misma comuna Fabián Ayala Chinchay por la compra de doscientos cuarenta y tres maderas por la suma de novecientos noventa y dos nuevos soles [...] Sexto: Que con respecto a los delitos de enriquecimiento ilícito y encubrimiento real, no se ha acreditado en autos la existencia de los elementos constitutivos de dichos actos ilícitos [...] DECLARARON NO HABER NULIDAD en la sentencia que absuelve a Pelé Rodolfo Tinoco Meyhuay, Isaías Obregón Tinoco y Fabián Ayala Chinchay de la acusación fiscal por los delitos de enriquecimiento ilícito y encubrimiento real [...], y los condena como autores de peculado, aprovechamiento indebido del cargo, colusión desleal [...]

Pues bien, este es un ejemplo final de cómo nuevamente se acusa y abre proceso penal contra un sujeto por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito y, a su vez, por otros delitos de corrupción como peculado o colusión, basándose —según se desprende de los hechos narrados en la sentencia— en los

mismos fundamentos fácticos. Felizmente, en este caso la Corte de Áncash falló confirmando la absolución de los procesados por el delito de enriquecimiento, pero sí condenó por los delitos de peculado y colusión. Hubiera sido adecuado, además, que la Corte pudiera explicar el fundamento o razón detrás de esa decisión: el no poder incurrir en exceso y el respeto al principio de *ne bis in idem*.

Finalmente, nos parece adecuado recalcar que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito residual y, por ese motivo, una misma persona no puede ser procesada o sancionada por la comisión de este delito y a su vez por la comisión de la actividad ilícita que la llevó luego a incrementar su patrimonio indebidamente. En este orden de ideas, cabe señalar que el delito de enriquecimiento ilícito:

Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría —concurso aparente de tipos—. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el Enriquecimiento Ilícito —*Lex primaria derogat legi subsidiariae*—.¹¹

Del análisis de los extractos jurisprudenciales previamente comentados, se puede concluir que parece existir una tendencia en la labor fiscal a acusar a una persona por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y, a la vez, por la comisión de otro delito previo como peculado, cohecho, colusión, etcétera; se olvida así que el delito de enriquecimiento ilícito es subsidiario o residual y que los principios y garantías penales y con sustento constitucional —como lo es en este caso el *ne bis in idem*— deben regir desde el inicio de las investigaciones penales para abrir un proceso penal. No se trata de formalizar una denuncia fiscal con la mayor cantidad de delitos que se puedan imputar con tal de que el juzgador tome en cuenta alguno, sino de imputar hechos y acusar por delitos del modo correcto y sobre la base

11 Expediente 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011.

de una adecuada y suficiente fundamentación de hechos y de derecho. Asimismo, nos parece encontrar una tendencia jurisprudencial a absolver en estos casos problemáticos por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, pero sin mayor fundamentación. Es decir, no se deja en claro que condenar también por este delito a una persona a quien ya se está condenando por otro delito, basado en los mismos hechos, constituye un quebrantamiento de los principios que rigen el ordenamiento penal y también constitucional. Es decir, no se habla expresamente de la prohibición de exceso y de las implicancias que tiene transgredirla en los derechos fundamentales de los procesados.

3. ALGUNOS CASOS PROBLEMÁTICOS DE «ENCUBRIMIENTO» DEL INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

3.1. El incremento del patrimonio en el delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público está regulado en el artículo 401 del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Del texto normativo se desprende que la conducta típica presenta los siguientes elementos: *a)* vinculación con la función pública; *b)* abuso del cargo; *c)* incremento del patrimonio; y *d)* ilicitud del incremento. Dentro de estos elementos, los que más dificultades han generado al momento de enfrentarse a un caso real son el incremento del patrimonio y la determinación de su ilicitud. En tal sentido, antes de abordar el tema central de este acápite, conviene señalar que por incremento del patrimonio entendemos la situación por medio de la cual el funcionario o servidor público aumenta sus activos o disminuye sus pasivos. Por otro lado, la ilicitud radica en la vulneración de los deberes y principios del correcto y normal

funcionamiento de la administración pública (probidad y transparencia), de forma tal que el funcionario mantiene en su patrimonio bienes de fuente contraria a derecho.¹² A partir de esta definición, parece lógico decir que el incremento ilícito del patrimonio se configura como un elemento central del tipo penal del enriquecimiento ilícito,¹³ toda vez que los demás elementos del tipo importarán en tanto giran en torno a él. De ello tenemos que el incremento ilícito del patrimonio es tan importante como problemático, ya que presenta grandes dificultades en el campo de la prueba. Tal es la magnitud de este problema, que el legislador, mediante un tercer párrafo, ha configurado el siguiente indicio legal:

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Sin embargo, a pesar del intento del legislador de colaborar con el Ministerio Público en su deber de probar los hechos delictivos, la casuística nos presenta varias formas mediante las cuales diversos funcionarios públicos han pretendido evadir a la justicia penal valiéndose de la obstaculización e impedimento de la labor probatoria. A ello se ha sumado muchas veces una mala labor pericial y, lo que preocupa aún más, una deficiente valoración de la prueba por parte de los órganos jurisdiccionales, quienes muchas veces no analizan críticamente dichas pericias y caen en los obstáculos puestos intencionalmente por los funcionarios corruptos. En esta línea, la Corte Suprema de la República nos ha presentado una gama de recursos de nulidad que han sido concedidos por deficiente valoración de la prueba,¹⁴ lo

12 Cf. Recurso de Nulidad 09-2001-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003.

13 Cf. MONTROYA VIVANCO, Yvan. «Análisis crítico del delito de enriquecimiento ilícito». Boletín n.º 15, Proyecto Anticorrupción del Instituto Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta hecha el 8 de octubre de 2012. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/septiembre_2012_n15.pdf>.

14 Cf. Recurso de Nulidad 2278-2004-Lima; Recurso de Nulidad 3861-2005-Arequipa; Recurso de Nulidad 4931-2006-Lima; Recurso de Nulidad 4472-2007-Cusco; Recurso de Nulidad 589-2008-Lima; y Recurso de Nulidad 710-2011-Lima.

cual ha generado un gasto público y una peligrosa dilatación del proceso penal. Formulado con otras palabras, nos encontramos frente a un problema grave: funcionarios públicos procesados por corrupción vienen utilizando estrategias que promueven una mala valoración de la prueba, hecho que genera la extensión del proceso penal o, lo que resultaría aún más penoso, la elusión de la justicia penal.

Presentado el problema, intentaremos aportar en su solución mediante la descripción de algunos casos, muchos de ellos repetitivos en la jurisprudencia nacional, que manifiestan los problemas probatorios que genera el elemento de incremento ilícito patrimonial en el delito de enriquecimiento ilícito.

3.2. Casos probatorios problemáticos

Hemos señalado anteriormente que el presente acápite busca ayudar a la resolución de problemas probatorios por medio de la exposición de diversos casos presentes en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Pues bien, estamos frente a casos en donde los funcionarios públicos alegan enunciados mendaces, hechos o prácticas inverosímiles con el objetivo de evadir la justicia penal mediante la dispersión del patrimonio ilícito entre el núcleo familiar o amigos cercanos. ¿Cómo puede ayudar esta lista de casos? Creemos que la presente tipología de supuestos fácticos puede servir al momento de la valoración judicial de la prueba en dos aspectos: *a) aspecto positivo*, manifestar un conjunto de indicios que lleven a demostrar la responsabilidad del funcionario público; y *b) un aspecto negativo*, manifestar un conjunto de indicios que lleven a tomar por falsos los enunciados inverosímiles de las partes.

Este pensamiento descansa en que el indicio del incremento ilícito del patrimonio, normativizado en el párrafo tercero del artículo 401 del Código Penal, cobra gran fuerza probatoria si, al momento de dar las justificaciones de su situación económica, el sospechoso recurre a hechos poco plausibles o situaciones falsas.¹⁵ Ello toda vez que nos encontraríamos al menos ante dos indicios de la comisión del ilícito penal: por un lado, el hallazgo de enriquecimiento patrimonial sin fuente

15 Cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Reforma, 2010, p. 65.

reconocible; y, por otro, la irrazonable justificación entendida como el conjunto de supuestos de declaraciones mendaces o hechos inverosímiles.¹⁶ Alguien podría alegar que esto es superfluo, toda vez que con el incremento del patrimonio es suficiente para probar el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, creemos que la desproporción notoria del incremento patrimonial del funcionario público no es una prueba acabada o determinada, y que, por el contrario, requiere de pruebas adicionales¹⁷ o de cualquier otro elemento indiciario (como es el caso de la declaración mendaz, del enunciado inverosímil o de la obstrucción del proceso penal).

Ahora bien, en el caso de los enunciados mendaces, resulta obvio que el argumento de la defensa del funcionario público quedará totalmente desvirtuado. Sin embargo, dicho resultado también lo comparten las prácticas funcionariales inverosímiles que no solo brindan supuestos de indicios de responsabilidad penal,¹⁸ sino que, a la vez, ayudan a valorar los enunciados hechos por el funcionario público acusado. Así, si entendemos que las máximas de la experiencia son reglas de la sana crítica (que de acuerdo con el artículo 393 inciso 2 del Código Penal son reglas que la valoración probatoria debe respetar) que se construyen inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas;¹⁹ los casos aquí planteados son importantes en tanto ayudan a manifestar dichas reglas probatorias. En otras palabras, el juez podrá negar la validez de un enunciado o afirmación a partir de las máximas de la experiencia, y la ausencia de contraindicios importantes, que se hacen tangibles a partir de estos casos de la jurisprudencia nacional.

A continuación, analizaremos los casos reales de dichos enunciados mendaces o inverosímiles de acuerdo con las máximas de la experiencia.

16 Cf. *ib.*, p. 59.

17 Cf. Expediente 0085-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011.

18 Cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Ob. cit.*, p. 65.

19 Cf. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 112.

a) *Recurso de Nulidad 710-2011-Lima*²⁰ (Caso del dinero en el clóset y de las hijas adineradas)

Hechos: El procesado es un funcionario público al que su empleada del hogar le sustrae ochenta mil dólares americanos de un maletín en el closet de su casa, en el cual, según manifestaciones de la propia trabajadora doméstica, habrían [sic] varios paquetes de diez mil dólares cada uno. A partir de la denuncia por hurto, se inicia una investigación por enriquecimiento ilícito en contra del funcionario público, constatando que ese dinero no había sido materia de la declaración jurada de bienes, ingreso y rentas. El funcionario argumenta señalando que dicho dinero es producto del arrendamiento de inmuebles, actos jurídicos que no encuentran respaldo que los avale. Más aún, se descubre que las hijas del funcionario público presentan varios viajes al extranjero, carros y una suma de cuarenta y tres mil dólares americanos en el sistema financiero. El funcionario señala que el dinero en el sistema financiero fue entregado por su ex esposa a sus hijas, mientras que ellas alegan que los viajes y los carros son producto de sus trabajos en dos personas jurídicas. A su vez, la ex esposa dice que el dinero es producto del comercio de unas piezas de arte en sus frecuentes viajes al extranjero efectuadas con su actual conviviente. Sin embargo, ella también dice que la manutención de sus hijas es cubierta por su ex esposo. Así mismo, los dos supuestos empleadores de las hijas niegan el vínculo laboral y el Ministerio del Interior señala que tanto la ex esposa como su conviviente presentan dos y cuatro salidas al extranjero respectivamente. El Instituto Nacional de Cultura informa que ni la ex esposa ni el conviviente se encuentran registrados como propietarios de obras de arte.

A efectos metodológicos, conviene separar los hechos y argumentos en dos: a) el hecho del dinero en el closet y el argumento de los contratos de arrendamiento; y b) la fundamentación de los bienes y viajes de las hijas del funcionario público.

Sobre lo primero, queda claro que estamos pues ante un indicio de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, ya que de acuerdo con las máximas de la expe-

20 Cf. Recurso de Nulidad 710-2011-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011.

riencia no es verosímil que un funcionario público, en el contexto económico y político actual, guarde una suma tan grande de dinero, supuestamente lícito, dentro de un clóset de su casa. Más aún, y como bien lo evidencia el presente caso, es un hecho altamente riesgoso y representa una pérdida de los beneficios económicos propios del sistema bancario y probablemente fiscal. Además, aquí se debe tener en cuenta que no estamos frente a cualquier persona, sino frente a un ciudadano que asume libre y voluntariamente desempeñarse como funcionario público (magistrado judicial), y que asume a la vez un conjunto de derechos y deberes²¹ previamente delineados que le exigen probidad y transparencia en los bienes, ingresos y rentas que tiene.

¿Es coherente en nuestro contexto económico que un funcionario con tales obligaciones de transparencia tenga altas sumas de dinero, no declaradas, en su clóset? Según como lo vemos, no; por tanto, este hecho será un indicio de que el dinero encontrado proviene de fuentes ilícitas. Así, la Corte Superior de Lima, en un caso muy semejante, ha señalado lo siguiente: «Yo al año (90) noventa yo tenía más o menos (US\$ 560.000) quinientos sesentitantos mil». En tal sentido, se le preguntó sobre los detalles de dónde guardaba semejante suma de dinero; tras responder que no la guardaba en ningún banco, se le repreguntó si entonces la guardaba en su caja, a lo cual respondió: «Así es»; añadió que la caja donde tenía el dinero «era una caja normal [...] que la tenía en el clóset [...] *Esta versión sobre dicha acumulación de dinero lícito en dólares, ya de por sí inverosímil por la magnitud y volumen que supone mantener guardada e inactiva en un solo lugar tal cantidad de dinero.*»²²

Ahora bien, decir que dicha suma de dinero proviene del arrendamiento de propiedades, sin sustento jurídico, también resulta irrazonable, toda vez que no es coherente pensar que un funcionario público (quien ha asumido un conjunto de deberes propios de su posición frente a la administración pública, entre los que destacan los de transparencia y probidad en la gestión de su patrimonio) participe en negocios jurídicos que; por un lado, no están declarados, y que; por otro lado, no tengan sustento jurídico que los respalde.

21 Cf. MEINI, Iván. *Delitos contra la administración pública*. Ciudad de Guatemala: USAID, 2008, p. 145.

22 Expediente 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011. Las cursivas son nuestras.

Por otro lado, en lo que respecta a la fundamentación de los bienes y viajes de las hijas del funcionario público, resulta obvio que estamos ante enunciados inverosímiles y mendaces. En este sentido, es falso que las hijas del funcionario público hayan tenido trabajo. A su vez, es inverosímil que una persona se dedique al comercio de arte en el exterior y que tenga solo dos salidas del país, y que no tenga obras de arte registradas (¡de cuarenta y tres mil dólares!), y que, a pesar de todo ello, reciba una importante suma de dinero por ese oficio. Ello nos lleva a afirmar que es escasamente posible que ese dinero lo haya entregado la madre, más aún si se tiene en cuenta que ella misma declaró que el encargado de la manutención de las hijas era el funcionario público. ¿Qué nos dicen entonces las máximas de la experiencia? Que, tal como lo reconoce la Corte Suprema, tanto el dinero de la cuenta bancaria como de los bienes inmuebles y muebles en nombre de las hijas del funcionario público deben imputarse al patrimonio de este último y, al no haber sido declarados, considerarse ilícitos.

Más aún, se debe partir de que una valoración de la prueba testimonial tiene que tomar en cuenta los requisitos necesarios para que puedan lograr la credibilidad del juzgador, esto es, el ser imparcial y completo. Ello se expresa en la obligación de tener siempre presente, al momento de valorar una prueba testimonial, los vínculos y las relaciones que el testigo tenga con el hecho o con las partes.²³ En el presente caso, los testimonios de las hijas y la exesposa cuentan con poca credibilidad, ello debido a que hay un especial interés en el desarrollo y en el resultado de la causa penal²⁴ (en el presente caso sustentado no solamente en el vínculo con el procesado sino en la posibilidad de incluir a las testigos como coimputadas).

b) Recurso de Nulidad 847-2006-Lima²⁵ (Caso de los préstamos)

Hechos: A un funcionario público se le investiga por enriquecimiento ilícito, al momento de justificar su patrimonio señala que recibió un préstamo de ciento cincuenta mil dólares por parte de «A», un préstamo de veinticin-

23 Cf. FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo II. Bogotá: Temis, 1990, pp. 342- 343.

24 Cf. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 63-64.

25 Recurso de Nulidad 847-2006-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 9 de octubre de 2006.

co mil dólares y otro por veinte mil dólares por parte de «B», y otros dos préstamos, uno de veinticinco mil dólares y otro de quince mil dólares, por parte de «C». Sin embargo, «A» no presenta desplazamientos patrimoniales y niega el préstamo, además de no tener la solvencia necesaria para realizar dicho negocio jurídico; los contratos con «B» no tienen fecha valedera, y «C» no presenta desplazamiento de dinero ni tiene capacidad económica para efectuar dichos contratos jurídicos.

Aquí nos encontramos ante hechos falsos e inverosímiles que permiten señalar que el dinero no justificado es ilícito. Debemos recordar, aunque parezca sobrea-bundante, que estamos ante una persona que por su posición de estatus frente a la correcta administración pública (bien jurídico) tiene deberes resaltados de antemano, semejantes a los de una posición de garante,²⁶ que lo obligan a una especial diligencia con su patrimonio.²⁷ Por eso, es contrario a las máximas de la costumbre que un funcionario público firme un contrato sin fecha valedera, si se tiene en cuenta que la fecha es importante para saber si el contrato fue realizado ex profeso para beneficiar al sospechoso del enriquecimiento ilícito. Asimismo, es totalmente mendaz que se hayan realizado dos préstamos con personas que ni siquiera tienen las posibilidades materiales de contar con ese dinero y que, por si fuera poco, no presentan desplazamiento en su patrimonio. Esta falsedad se transforma en un indicio de la ilicitud de la fuente del enriquecimiento.

Además, resulta obvio que dichos elementos se muestran como indicios en tanto que revelan una estrategia amplia por «manipular» su patrimonio por medio de préstamos ficticios que le permiten justificar dinero ilícito. Ello resulta importante, ya que con el solo indicio de que «A» haya negado un préstamo de dinero, por más grande que sea, no es suficiente para evidenciar el delito de enriquecimiento

26 Cf. VÁSQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 322-331.

27 Esta posición frente al bien jurídico no solo constituye un elemento formal de los delitos contra la administración pública (criterio limitado a la exigencia de un autor determinado) sino que constituye un criterio material transversal a este tipo de delitos, en tanto que es dicha relación la que justifica la propia existencia y naturaleza de todo del tipo penal. Más aún, constituye un indicio en potencia, toda vez que devela una oportunidad de delinquir a partir de las condiciones en las que se encuentra el sospechoso para poder realizar el delito. Cf. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 51.

ilícito.²⁸ Más aún, el juez podría exigir una pericia grafotécnica que compruebe que el contrato de préstamo alegado por «A» es verdadero (que las firmas en este son reales) para dar por cierta la afirmación del acusado. Por el contrario, si es que no existe ese documento o este es falso, el hecho devendría en contrario a las máximas de la costumbre al no resultar creíble que un funcionario público, con la carga fiscalizadora que tiene sobre sí, reciba grandes cantidades de dinero por medio de un préstamo no legalizado.

c) *Recurso de Nulidad 598-2008-Lima*²⁹ (Caso de la inversión económica)

Hechos: El procesado es un funcionario público procesado por el delito de enriquecimiento ilícito. Al momento de preguntarle por su patrimonio, el sospechoso declara que invirtió ochocientos soles de oro en una financiera, de forma que luego de seis años el monto invertido aumentó a ciento setenta y un mil setecientos trece soles de oro, esto es, trescientos diecisiete mil novecientos ochenta y ocho dólares. Luego, en clara contradicción, el funcionario público señala que el primer depósito fue de ochocientos dólares americanos, generando un incremento con sus intereses de ciento setenta y un mil setecientos trece dólares americanos. Más aún, la financiera informa que el encausado no se encuentra empadronado en la base de datos y archivos.

Nuevamente nos encontramos ante un enunciado inverosímil que deviene en indicio en contra del funcionario público, toda vez que lo dicho por el procesado no encuentra respaldo probatorio alguno. Aquí se debe tener en cuenta que, al contrario de lo que algunos piensan, el principio de carga de la prueba no obliga al juez a tomar siempre como cierto todo lo dicho por el acusado, más aún cuando ello va en contra de las reglas de la sana crítica. De esta forma, alguna evidencia debe aportarse para justificar que se tome en serio lo dicho por el procesado y provocar las actuaciones que sean necesarias para completar la prueba.³⁰

28 En este sentido, cf. expediente 73-2005-Lima. Ejecutoria Suprema emitida el 5 de octubre de 2005.

29 Recurso de Nulidad 589-2008-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 15 de abril de 2009.

30 Cf. AZABACHE, César. *Introducción al procedimiento penal*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 202.

Se debe de tener en cuenta que el denominado «principio de carga de la prueba» proviene del principio de presunción de inocencia, característica del Estado constitucional y democrático de derecho. De ello se desprende que «[...] al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación [...]».³¹ Así, este principio, en realidad, lleva por nombre principio acusatorio de carga de la prueba, en tanto que el Ministerio Público cuenta con el deber de brindar los elementos que puedan desvirtuar la inocencia del acusado. En el caso del enriquecimiento ilícito, el fiscal cumplirá con su deber cuando sostenga su acusación en pruebas, casi siempre indiciarias (aumento patrimonial injustificado, bienes no declarados o no justificados a pesar de deberes especiales de la función pública, etcétera) que deberán llevar al juez a inferir de forma lógica que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente. Una vez realizada tal imputación, habrá una distribución de la carga de la prueba, de forma tal que el funcionario público, de acuerdo con su derecho a la defensa, podrá refutar la hipótesis fiscal acusatoria por medio de pruebas (tanto directas como indiciarias). Ahora bien, si la acusación está debidamente probada, y no se presentan pruebas de descargo sino únicamente argumentos no razonables, resulta lógico y coherente que el juez encuentre responsable al funcionario público. Suponer lo contrario significaría llegar a absurdos que terminarían por vaciar de contenido a la justicia penal. Por ejemplo, un turista sale del país con una amiga; ya en el aeropuerto, la policía le encuentra más de nueve kilos de cocaína en su maleta. La amiga del turista, quien conocía al primero desde hacía más de cinco años y había compartido habitación por más de una semana en Lima, confiesa que entre los dos pretendían sacar la droga fuera del país para luego poder venderla. Sin embargo, el turista señala que no tiene conocimiento alguno acerca de la droga y que su amiga se la ha puesto en la maleta. ¿El juez debe tener, necesariamente, esta afirmación por cierta? Parece claro que no. Igualmente, al funcionario público que alega haber realizado inversiones no declaradas, pero que no solo se contradice en sus declaraciones sino que no tiene documento ni prueba que lo respalde a pesar de los deberes institucionales de transparencia patrimonial que le son exigibles, deberá tomarse por mendaz; y ello podrá utilizarse como indicio adicional de la comisión del ilícito.

31 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2005, p. 611.

d) *Expediente 85-2008-Lima*³² (*Caso de la esposa soltera*)

Hechos: El procesado es un funcionario público investigado por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito. A partir de ello se constata que la esposa del acusado es titular de las cuentas donde se depositó (en el espacio temporal en el que el encausado era funcionario público y esposo de la referida mujer) la suma de un millón treinta y seis mil ochocientos cincuenta y tres dólares americanos. La defensa alega que el procesado sería el más torpe de los delincuentes si pretende encubrir el dinero en la cuenta de su esposa, quien es la primera persona que el ente fiscalizador investigará. En tal sentido, de acuerdo supuestamente a las máximas de la experiencia, el procesado nunca habría pretendido ocultar dinero lícito. Sin embargo, al momento de fiscalizar las cuentas bancarias, se encuentra que la esposa del funcionario, al momento de abrir la citada cuenta, presentó su documento de identidad con dato de soltera.

En primer lugar, se debe señalar que este no es un caso de la Corte Suprema de la República sino de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima. Pese a ello, hemos decidido colocarlo por lo emblemático del caso, en tanto que los supuestos de encubrimiento por medio de los cónyuges son bastante frecuentes en nuestro universo jurisprudencial. Así, el argumento de la supuesta falta de lógica del enunciado que afirma que el dinero fue depositado en la cuenta del cónyuge es una maniobra de encubrimiento del enriquecimiento ilícito, y es debatido por dos argumentos contundentes esgrimidos por la Sala Penal Especial: *a*) la declaración jurada de ingresos, bienes y rentas es el instrumento legal de publicidad del *quantum* patrimonial, y el control del monto y manejo de los bienes de los altos funcionarios se efectúa, preponderantemente, por medio de este último; *b*) si bien en un régimen de sociedad de gananciales todas las titularidades pertenecen a ambos cónyuges, es precisamente por medio del uso del documento de identidad de soltera que se pudo encubrir el aumento del patrimonio. En tal sentido, tanto la omisión de declaración jurada (a pesar del deber funcional) como el hecho de que la esposa del funcionario público utilice su documento nacional de identidad de soltera, nos permite tomar por inverosímiles los argumentos de defensa, y, por medio de la máximas de las costumbres, decir que estamos frente a otro indicio del

32 Expediente 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima.

enriquecimiento ilícito. Como bien señala el profesor García Cavero, un indicio subsecuente importante es que el sospechoso realice actos de entorpecimiento u obstrucción de la investigación, siendo su forma más clara la eliminación y ocultamiento de pruebas que lo incriminen³³ (como el caso de una cuenta con más de un millón de dólares frente a la comisión del delito de enriquecimiento ilícito).

Como conclusión, hemos podido identificar las siguientes máximas de la costumbre que, como parte de las reglas de la sana crítica, colaboran con la correcta valoración de los argumentos de defensa dentro de un proceso penal por enriquecimiento ilícito. a) *Prácticas informales contrarias a los deberes de la función pública* (Caso del dinero en el clóset), (Caso de la esposa soltera); b) *Declaraciones mendaces y/o contradictorias* (Caso de las hijas adineradas), (Caso de los préstamos), (Caso de la inversión económica); c) *Justificaciones no verosímiles* —en su mayoría por medio de actos jurídicos no formalizados o sin sustento en realidad por falta de solvencia—, los cuales se diferencian de los primeros en que no hay prueba directa de ser mendaces, pero se imputan falsos en tanto inverosímiles —la doctrina los suele homologar como indicios, sin embargo, a efectos meramente metodológicos, hemos decidido separarlos (Caso de las hijas adineradas), (Caso de los préstamos)—. Asimismo, estos hallazgos deberán ser tomados, a la luz de los principios de probidad y transparencia propios del cargo público, como indicios que apunten a la responsabilidad penal del funcionario público en el contexto de un proceso por enriquecimiento ilícito.

4. LA PERICIA CONTABLE EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

El artículo 172 del Nuevo Código Procesal Penal señala lo siguiente sobre la pericia:

Artículo 172.- Procedencia

1. La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

33 Cf. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 62.

En esta misma línea, Eugenio Florian define la pericia o peritación como «el medio (de prueba) particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica». ³⁴ En tal sentido, la exigencia de la pericia está de la mano de las características mismas de los elementos del tipo, en tanto que algunos tipos penales requieren para su debida probanza de conocimientos científicos y técnicos.

Como vimos, el elemento más importante y problemático del presente tipo penal es el incremento ilícito del patrimonio. Planteado así el asunto, su probanza exige generalmente una pericia contable que muestre los ingresos y egresos del funcionario público durante su cargo, esto es, los aumentos injustificados del patrimonio. Respecto a la pericia contable, se dice que es la «labor que por mandato judicial realiza el contador público en función de perito dentro de un proceso judicial, con la finalidad de proporcionar al juzgador argumentos o razones para la formaciones de su convencimiento respecto de hechos contables, financiero, y tributarios y afines; como así también en la determinación de sus características, sus causas y cuantía de sus efectos». ³⁵ En esta medida, la pericia contable le brinda al juez una opinión técnica y experta sobre la información contable del patrimonio del sospechoso de enriquecimiento ilícito, así como los movimientos económicos de su entorno familiar, quienes suelen colaborar con el ilícito por medio de la dispersión y disfrute de la tenencia de los bienes muebles e inmuebles vinculados originalmente al funcionario público.

Ahora bien, hemos dicho también que nuestra jurisprudencia ha evidenciado errores al momento de la actividad probatoria. A la luz de lo dicho hasta aquí, analizaremos brevemente dos problemas que guardan relación tanto con un problema de valoración probatoria como de pericia contable, esto a partir de la cita de dos ejecutorias supremas.

34 FLORIAN, Eugenio. Ob. cit., p. 351.

35 RUIZ CARO MUÑOZ, Alberto. *La pericia contable*. Lima: Línea & Trama, 1997, p. 21.

a) *Recurso de Nulidad 3861-2005-Arequipa*³⁶

Que, en el caso sub examine, se advierte que el *Colegiado Superior no ha efectuado el agotamiento de la actividad probatoria tendiente a acreditar la responsabilidad o irresponsabilidad de los procesados antes referidos; toda vez, que no se ha realizado la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico [...]* (Las cursivas son nuestras)

Los criterios expuestos por la Corte Suprema en esta sentencia merecen desglosarse en supuesto y consecuencia: el supuesto es la no realización de la pericia contable, mientras que la consecuencia es el no agotamiento de la actividad probatoria (y, por lo tanto, la nulidad de la sentencia en primera instancia). ¿Qué se desprende de ello? Que, debido a la complejidad de la actividad probatoria del enriquecimiento ilícito, la pericia contable se vuelve en la mayoría de los casos un deber³⁷ del juez, de modo que su omisión conlleva a una insuficiente práctica probatoria. No obstante, en aquellos casos donde la comisión del enriquecimiento ilícito sea evidente —y, por ello, el caso sea de poca complejidad probatoria—, la exigencia o deber de solicitar la pericia contable podría no ser necesario. Sin embargo, cabe reconocer que dichos casos poco complejos son difíciles de encontrar en la realidad debido a la propia naturaleza compleja del delito de enriquecimiento ilícito. Ello se manifiesta en el hecho de que la sentencia analizada termina exhortando a los jueces de primera instancia a que ejerzan con mayor celo y celeridad el ejercicio de sus funciones.

Si se comparte lo expresado, se debe tener en cuenta que no estamos frente a una manifestación de la prueba tasada (que nuestro ordenamiento procesal penal niega), sino que es un deber surgido de las reglas de la sana crítica. En tal sentido, como bien señala el magistrado Pablo Talavera, las exigencias de racionalidad, de control y de justificación del razonamiento probatorio del juez, determinan que

36 Recurso de Nulidad 3861-2005-Arequipa; Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio de 2006.

37 El procesalista italiano Giovanni Leone señala sobre dicho deber: «el juez solo puede prescindir del perito cuando se trata de conocimiento de determinadas ciencias o artes que entren en el patrimonio cultural común [...] fuera de este caso, siempre que se compruebe la necesidad de indagación, el nombramiento del perito constituye un deber del juez [...]». LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Buenos Aires: V. P. de Zavalía, 1980, p. 294.

deba recurrir a la ciencia, o sea a conocimientos que se forman por fuera del derecho.³⁸ De igual modo, nuestro Código Procesal Penal señala lo siguiente:

Artículo 158.- Valoración

1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados [...]

Acaso es posible exigirle al juez conclusiones racionales, de acuerdo con el sistema de libre convicción o sana crítica adoptado, a partir de conocimientos extrajurídicos que él desconoce. Pareciera que no; que, tal como lo dice la sentencia en comentario, el agotamiento de la labor probatoria en un caso de enriquecimiento ilícito exige que el juez cumpla con el deber o exigencia de ordenar la pericia contable.

*b) Recurso de Nulidad 710-2011-Lima*³⁹

[...] cierto es que *el Juzgador no puede quedar atado fatalmente a las conclusiones de los peritos, dado que un criterio de tal naturaleza importaría invertir al perito de la condición de juez de jueces*. Y es que no obstante la relevancia —por su nivel de especialidad— de un dictamen pericial, aquel apareja, en contrapartida la sujeción del mismo a determinadas exigencias, tales como que sus conclusiones sean convincentes, por lo que la adopción de estas en la decisión final demandará descartar la no existencia de otro u otros medios de prueba que desvirtúen su carácter asertivo o concluyente y, evidentemente, en sus elementos sustentatorios. A su vez, *la valoración judicial que debe merecer una pericia, no puede limitarse a una recepción a-crítica y autónoma solamente de las conclusiones, sino a recoger los datos —confiables— del análisis que resulten idóneos para debido esclarecimiento del hecho imputado [...]* (Las cursivas son nuestras)

38 Cf. TALAVERA, Pablo. Ob. cit., p. 114. En sentido similar, el maestro Devis Echandía, conocido defensor del sistema de la libre apreciación de la prueba, señala sobre la pericia: «[...] si los hechos por verificar o apreciar exigen conocimiento técnicos, artísticos o científicos, que exceden de los que ordinariamente poseen los jueces y magistrados, *deben* decretar la peritación [...]». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., p. 297. Las cursivas son nuestras.

39 Recurso de Nulidad 710-2011-Lima; Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011.

Como vimos, el sistema de libre convicción o sana crítica exige que el juez haga una valoración racional y crítica de los medios de prueba. Con respecto a la pericia contable, la misión del juez consiste en examinar el informe y comprobarlo en su forma y tenor con los motivos en que se funda, con las circunstancias y las pruebas de otra naturaleza ya existentes.⁴⁰ En otras palabras, la lectura que tenga el juez de la pericia debe ser siempre crítica, de forma tal que se puedan identificar no solo los aciertos de esta, sino también las posibles incoherencias en las que puede incurrir el perito. En esta medida, es el juez quien debe ser un perito de los peritos y, en el mismo sentido, tener la función de comprobar la plausibilidad y fiabilidad del dictamen pericial, a la vez de valorar y controlar las conclusiones de la opinión pericial.⁴¹ Una asunción sin más de las conclusiones del informe pericial sería contradictoria con el derecho a una valoración racional de las pruebas y, en particular, con los requisitos de la sentencia.⁴² Formulados en otras palabras, el informe pericial, como cualquier otro medio de prueba, exige que el juez valore su contenido y, a partir de este proceso, pueda obtener la prueba que fundamente la sentencia.

Pero ¿cómo se debe valorar la pericia contable? La doctrina ha identificado una serie de requisitos que el dictamen debe reunir para que tenga eficacia.⁴³ Sin embargo, la sentencia en comentario ha puesto énfasis en los siguientes dos requisitos: *a)* Que las conclusiones sean convincentes y no aparezcan improbables, absurdas o imposibles; *b)* Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto. Sobre el primero, importa en tanto se le exige al juez evaluar los hechos afirmados en las conclusiones a partir de las reglas de la experiencia y la crítica lógica, de forma que si ellos devienen en improbables o absurdos no podrán tomarse como ciertos.⁴⁴ El presente caso es un ejemplo de ello:

40 Cf. MITTEMAIER, Carlo Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Citado por VARELA, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 195.

41 Cf. TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 96.

42 Cf. Código Procesal Penal. Artículo 394.- Requisitos de la sentencia [...] 4. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probada o improbadas, y la *valoración de la prueba que la sustente, con indicación del razonamiento que la justifique*. (Las cursivas son nuestras).

43 El maestro Devis Echandía identifica hasta dieciséis requisitos o criterios que deben tomarse en cuenta. Cf. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., pp. 332-347.

44 Cf. ib., p. 337.

estamos frente a una pericia que no tomó en cuenta el dinero que las hijas del procesado tenían a pesar de no haber justificación o documento que acredite su origen, además de otras grandes cantidades de dinero provenientes de un supuesto alquiler que tampoco estaba acreditado. En esta medida, si estamos frente a una pericia contable que no toma en cuenta bienes que han sido distribuidos o dispersos entre el núcleo familiar, sus conclusiones terminarán siendo poco fiables, de forma que el juez deberá desvincularse de estas.

Por otro lado, en cuanto a la no existencia de otras pruebas que desvirtúen el dictamen, en el caso materia de análisis, se dio por medio de pruebas indiciarias provenientes de la mala justificación. Sin embargo, este requisito ha merecido mayor consideración en casos en los que nos encontramos frente a pericias contables contradictorias (Pericia Contable 1 vs. Pericia Contable 2) o resultados diferentes en comparación con informes financieros (Pericia Contable vs. Informe Financiero). En el primer caso, el juez deberá promover, de acuerdo con el artículo 181, inciso 2 del Código Procesal Penal, un debate pericial. Si, producto de dicho debate pericial, se produce una rectificación o retractación de uno de los peritos, estaríamos ante la pérdida de eficacia de una de las pericias contables. Si ello no pasa, al igual que en el caso de Pericia Contable vs. Informe Financiero, al juez le corresponde apreciar los elementos de prueba contradictorios, de acuerdo con sus condiciones intrínsecas, la pericia o habilidad de sus autores y el examen de sus conclusiones y motivaciones,⁴⁵ de forma que si uno de ellos está motivado sobre la base de uno de los supuestos inverosímiles antes relatados devendrá también en ineficaz.

5. CONCLUSIONES

- Existe una tendencia en la labor fiscal a acusar a una persona por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y, a su vez, por la comisión de otro delito previo que es el que, en los hechos concretos, causa el incremento patrimonial ilícito del acusado, olvidando la naturaleza residual del delito de enriquecimiento ilícito.

45 Cf. *ib.*, p. 339.

- Los principios y garantías cuyo sustento es el constitucional, como lo es el *ne bis in idem*, deben regir desde el inicio de las investigaciones penales con vistas a abrir un proceso penal.
- Si la labor del Ministerio Público es defender a la sociedad y ello implica actuar con justicia, la actuación de un fiscal no puede consistir en acusar a un sujeto por la mayor cantidad de delitos que pueda, sino formular sus imputaciones y acusaciones sobre la base de una adecuada fundamentación fáctica y jurídica, y que se corresponda con los principios y garantías que tienen asidero constitucional.
- Otra tendencia es la seguida por los tribunales penales nacionales que al fallar en sus sentencias absuelven a los acusados por el delito de enriquecimiento ilícito, pero no fundamentan explícitamente las razones por las que si los condenaran también por el delito previo (peculado, cohecho, etcétera) basándose en los mismos hechos y fundamento, se estaría quebrantando el principio de *ne bis in idem* y la prohibición de exceso en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.
- Una valoración razonable y correcta de la prueba en los procesos de enriquecimiento ilícito exige al juez recurrir a la prueba indiciaria y a las reglas de la sana crítica.
- Es una máxima de la experiencia que el funcionario que cometió el delito de enriquecimiento ilícito suela desplegar prácticas informales respecto al dinero almacenado (Caso del dinero en el clóset), (Caso de la esposa soltera) —indicios, antecedentes y concomitantes—.
- Es una máxima de la experiencia que el funcionario que cometió el delito de enriquecimiento ilícito presente, una vez en el proceso, declaraciones mendaces que busquen encubrir su dinero o el de sus familiares (Caso de las hijas adineradas), (Caso de los préstamos) , (Caso de la inversión económica) —indicios subsiguientes—.
- Es una máxima de la experiencia que el funcionario que cometió el delito de enriquecimiento ilícito presente, una vez en el proceso, declaraciones irrazonables o inverosímiles que busquen encubrir su dinero o el de sus familiares (Caso de las hijas adineradas), (Caso de los préstamos) —indicios subsiguientes—.

- Dentro del contexto del proceso penal por el delito de enriquecimiento ilícito, es deber del juez ordenar la realización de la pericia contable ahí donde sea necesario contar con conocimientos técnicos y científicos, ello debido a la complejidad natural de esta figura típica.
- Si bien la pericia contable es un medio de prueba valioso, ello no supone el sometimiento del juez a sus conclusiones. Por el contrario, el juez debe tomar en cuenta criterios como la probabilidad y credibilidad de sus conclusiones en relación con las premisas, así como la existencia de medios de prueba contradictorios.

El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad

Erick Guimaray Mori

1. INTRODUCCIÓN

Sancionar conductas como el tráfico de influencias responde al compromiso institucional del Estado peruano en materia de lucha anticorrupción, compromiso que se desprende de la propia naturaleza de sus fines y objetivos sociales, así como de la obligación internacional en dicha materia.

En efecto, y como todo en derecho penal, habrá que partir del mandato constitucional para dar sentido y contenido a la norma penal, que en este caso es la del artículo 400 del Código Penal (en adelante, CP). Nuestra Constitución menciona que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y su dignidad (artículo 1 Const.) y en aras de tal consigna es que se garantizan una serie de derechos y se procuran las condiciones mínimas que permitan la participación del individuo en sociedad y el libre desarrollo de su personalidad (artículos 2 y 3 Const.).

Justamente, una de las condiciones mínimas que el ciudadano puede exigir del Estado para su desarrollo y participación en sociedad es el ejercicio de una *correcta administración pública*,¹ esto es, el uso efectivo de los recursos públicos² de forma prestacional, objetiva e imparcial. Exigencia que también se desprende de la pro-

1 El Tribunal Constitucional también reconoce este bien jurídico, cf. Sentencia, expediente 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012, fundamento 14 y ss.

2 El término «recurso público» no es sinónimo de «propiedad pública». El patrimonio del Estado no es objeto de protección en los delitos contra la administración pública.

pia Constitución en el artículo 39, cuando se estipula que los servidores o funcionarios públicos están al servicio de la nación. Pues, en buena cuenta, *función pública* y *funcionario público* son conceptos inseparables; solo es funcionario público quien ejerce función pública y la función pública solo se materializa en los derechos y deberes que se descargan en personas que deciden voluntariamente ubicarse entre los recursos públicos y los destinatarios de aquellos, es decir, en los servidores públicos.

Se menciona que la *correcta administración pública* es una condición mínima de aseguramiento de participación y desarrollo social del individuo en sociedad, pues la dación de servicios públicos incide directamente en el ejercicio de los principales derechos fundamentales del ciudadano³ como, por ejemplo, la salud pública, la seguridad pública, la educación pública, entre otras; sin las cuales el objetivo de defensa de la persona y su dignidad no podría verse cumplido.

Entonces, desde el plano constitucional,⁴ la lucha frontal contra actos de corrupción, por el grave desvalor que conductas de este tipo significan,⁵ supone un deber insoslayable entre las funciones de un Estado constitucional de derecho. Dicho de otra forma, es lógico considerar un *principio constitucional de proscripción de la corrupción*.⁶

Por otro lado, la obligación internacional que vincula al Estado respecto de la adopción de políticas preventivas, control y sanción de actos de corrupción viene determinada, principalmente,⁷ por la Convención de Naciones Unidas contra la

3 Cf. ASUA BATARRITA. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria». En *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 19.

4 «Que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución». Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 006-2006-PCC/TC, del 23 de abril de 2007, fundamento 11.

5 Cf. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, expediente 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento 59.

6 Cf. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, expediente (acumulado) 0009-2007-PI/TC - 0010-2007-PI/TC, del 29 de agosto de 2007, fundamento 47.

7 Pues existen, además, instrumentos internacionales como por ejemplo el «Código internacional de conducta para titulares de cargos públicos» (ONU, Res 51/59, 1997).

Corrupción y por la Convención Interamericana contra la Corrupción, en vigor para el Perú desde el 2003 y 1997, respectivamente. Son instrumentos internacionales que ratifican el compromiso y lo consecuente de un Estado constitucional de derecho respecto de la lucha contra conductas de corrupción.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El precepto penal del artículo 400 CP menciona lo siguiente:

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.⁸

Además de advertir el afán extremadamente descriptivo que el legislador plasmó en este tipo penal, es preciso anotar algunas precisiones que se desprenden de su literalidad: *a)* para el tipo penal, es tan autor quien a iniciativa propia invoca sus influencias y recibe dinero por ello como quien es consultado sobre sus influencias y luego recibe dinero por aceptar utilizarlas; *b)* el autor del delito podrá ser un funcionario o servidor público, pero también cualquier particular que no cuente con tal calificación; *c)* la intercesión que el traficante promete, en virtud de sus influencias, puede versar sobre un objeto lícito o pretensión justa como sobre una palmaria pretensión ilegal del interesado; *d)* en la redacción del artículo 400 CP, el elemento normativo «funcionario público» no fundamenta el tipo, sino que lo

8 Artículo modificado por el artículo único de la Ley 29758, publicada el 21 de julio de 2011.

agrava; y e) nada se dice de la punición del interesado, lo cual no quiere decir que no esté prevista realmente.

En este trabajo se parte de que el derecho penal protege bienes jurídicos, esto es, las condiciones mínimas e indispensables para asegurar: a) el proceso de libre determinación de las personas en sociedad; y b) el sistema jurídico en general.⁹ De aquí que se considere la *correcta administración pública* un interés imprescindible para la sociedad que justifica su protección desde el ordenamiento penal. Sin embargo, este bien jurídico general, y por serlo, está presente en todos los delitos que el Título XVIII del CP sanciona; su definición inspira la tipificación de delitos tales como el cohecho, la colusión o la negociación incompatible, pero no es precisamente el objeto de protección en los delitos enumerados. Y esto es así porque el bien jurídico *correcta administración pública* se materializa en cada norma penal, lo cual indica que cada tipo penal hace referencia a tantos comportamientos típicos, imaginados por el legislador, de lesión o puesta en peligro contra el bien jurídico general *correcta administración pública*. Esto a su vez significa que cada precepto específico tiene un particular objeto de protección.

El delito de tráfico de influencias no sanciona el solo hecho de poseer influencias, pues el propio desarrollo personal y profesional (positivo o negativo) permite la construcción de cierto prestigio y, por ende, respeto respecto de las personas con las que se interactúa (y con las que no), y ello nos puede reportar un grado de influencia sobre los demás, algo que de ninguna forma podrá considerarse un riesgo prohibido en sociedad o, lo que es lo mismo, un ejercicio no autorizado o intolerable de la libertad. Lo que el tipo penal del artículo 400 sanciona es invocar las influencias (existentes o no) a efectos de tergiversar el correcto funcionamiento de la administración pública. Entonces, como punto de partida, habrá que concluir que el contenido de la norma penal del artículo 400 prohíbe influir en las decisiones del funcionario judicial o administrativo para hacerle declinar de sus

9 Sobre una definición muy próxima a la mencionada, cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I: «Fundamentos. La estructura de la teoría del delito». 2.a ed. alemana. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56. En el mismo sentido de lo planteado, cf. TERRADILLOS, Juan. *Sistema penal y Estado de derecho. Ensayos de derecho penal*. Lima: ARA editores, 2010, p. 125. LUZÓN PEÑA. *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, 1996, p. 82. Para una explicación bastante didáctica de la evolución del concepto de bien jurídico, cf. HORMAZÁBAL. *Bien jurídico y Estado social de derecho*. Lima: IDEMSA, 2005, p. 123 y ss.

deberes de imparcialidad y objetividad y con ello postergar el fin prestacional de la administración pública para dar paso a intereses personales o particulares.¹⁰ Sin embargo, el tipo penal no requiere que las influencias se efectiven en el funcionario respectivo, es más, ni siquiera se requiere que exista un verdadero vínculo entre el traficante y el servidor público;¹¹ por tanto, el objeto de protección del delito de tráfico de influencias tendrá que ubicarse en un momento anterior.

En un supuesto ideal, se podría esperar que todos los ciudadanos posean una expectativa de probidad respecto de los funcionarios públicos en casos en los que hayan tenido competencia, la tengan o la vayan a tener. Sin embargo, no podemos presumir dicha expectativa, pues es igual de válido que los ciudadanos no confíen en los funcionarios públicos y con ello tampoco en la propia administración pública (existe el derecho de libertad de conciencia). El objeto de protección de un tipo penal no puede desprenderse de los sentimientos o confianza de los ciudadanos y, en el caso concreto, tampoco es posible imponerles una expectativa de probidad.

Lo que sí es protegible es el modelo de organización social que un Estado constitucional de derecho manifiesta en su administración pública. Dicho de otra forma, al Estado le interesa, o lo considera un valor ético social protegible, evitar o prevenir conductas que definan la administración pública como una institución endeble o influenciabile, a tal punto que los intereses particulares puedan sobreponerse al interés público, prestacional, objetivo e imparcial que define una *correcta administración pública*.

Entonces, el bien jurídico específico en el delito de tráfico de influencias es «la institucionalidad de la administración pública». El vocablo «institución» tiene diferentes acepciones en el *Diccionario* de la Real Academia Española, pero la que aquí interesa es la siguiente: «órganos constitucionales del poder soberano de la nación».¹² Y es que, en buena cuenta, el concepto de *institucionalidad* nos remite a una

10 Cf. ABOSO, Gustavo Eduardo. «Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración». En Nelson Salazar (coord.). *Delitos contra la administración pública*. Lima: IDEMSA, 2010, p. 379.

11 Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad 2412-2004, del 27 de enero de 2007, fundamento 5.

12 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de lengua española*, acepción n.º 7. Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/?type=3&val=a&val_aux=&origen=REDRAE>. Consulta hecha el 7 de octubre de 2012, a las 10 horas y 40 minutos.

serie de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la administración pública, valores que deben protegerse incluso de conductas que sin necesidad de trasgresión efectiva coadyuvan en el sistema nefasto de corrupción, y muestran el aparato de administración de justicia como un ente endeble e influenciado por intereses particulares ilegítimos que escapan a la regular tutela que la función judicial o administrativa procura a los ciudadanos.

Es necesario resaltar lo incorrecto de asimilar los conceptos de *bien jurídico* y *conductas de lesión o puesta en peligro*. Dicho de otro modo, no es que el delito de tráfico de influencias sancione o prohíba todo comportamiento que atente contra la «institucionalidad de la administración pública»; por ejemplo, no habrá tráfico de influencias si el órgano público contrata personal no calificado. La construcción teleológica que permite la construcción del bien jurídico solo se circunscribe a una específica forma de realización de comportamientos típicos, de ahí que cada tipo penal hace efectivo el bien jurídico global denominado «correcta administración pública».

Este planteamiento no debe confundirse con una pretendida protección de la «imagen institucional» de un órgano público judicial o administrativo pues, como ya se dijo, no es posible proteger los sentimientos u opiniones de los ciudadanos que de por sí son distintos, además de etéreos. De lo contrario, también debería sancionarse penalmente el hecho de que el equipo de fútbol de la institución «A» quede en último lugar en el campeonato organizado entre organismos públicos; pues ello, en estricto, también dañaría la imagen de la institución «A».

El bien jurídico protegido en determinada norma penal no puede variar dependiendo de las conductas que el tipo penal prevea y sancione. Entonces no es que se proteja un bien jurídico en el supuesto de «tráfico de influencias reales» y otro en el supuesto de «tráfico de influencias simuladas» (no desde las bases que aquí se postularon). Tampoco tiene coherencia que se construya un objeto de protección para el primer caso y se postule la impunidad para el segundo supuesto.¹³ La construcción del bien jurídico debe alcanzar al comportamiento típico prohibido por la

13 Cf. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar; José REAÑO y Dino CARO. «El delito de tráfico de influencias: aspectos sustantivos». En *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 38 y ss.

norma penal, sin excepciones. En el mismo sentido, no se trata de definir el bien jurídico como «pluriofensivo», no solo por lo gaseoso del término; sino también porque, bien visto, toda tipificación es pluriofensiva, desde que es fruto de una valoración jurídica social, pero solo un tipo de ofensividad es tan grave que requiere determinada prohibición penal.

Cabe mencionar, asimismo, que en el delito de tráfico de influencias se sanciona un comportamiento de peligro abstracto y con ello se trata de un adelantamiento de las barreras de punibilidad o criminalidad para cuestionar la constitucionalidad del tipo penal.¹⁴ Desde mi punto de vista, ello no parece ser acertado si es que se construye el objeto de protección de las propias exigencias del modelo de organización social expresado en la Constitución, tal como se expone en las primeras líneas del presente ensayo.

Tampoco resulta coherente criticar la tipificación del delito de tráfico de influencias (y con ello la definición del bien jurídico protegido) argumentando que se trata de una tipificación de actos preparatorios de otros delitos, tales como el cohecho o la colusión. Pues si el propio cohecho o la colusión no sancionan sus actos preparatorios, no veo cómo otro tipo penal vaya a encargarse de ello; lo contrario sería tanto como aceptar que el tráfico de influencias y la colusión protegen el mismo objeto en distintas fases de *iter criminis* (lo mismo podrá decirse para el caso del cohecho), algo que no es correcto, por lo menos sí, como aquí se hace, se parte de que el bien jurídico global *correcta administración pública* se materializa en cada precepto penal del Título XVIII del CP con objetos de protección distintos.

Por otro lado, si se considera correcta la crítica a la tipificación de actos preparatorios, lo mismo habría que decir respecto de la tipificación de actos posconsumativos; pues, según la redacción del artículo 400 CP, se sanciona a quien invoque influencias respecto de funcionarios públicos que hayan visto casos de su competencia. Ni en uno ni en otro caso es admisible la crítica sobre la punición si se acepta el mandato constitucional de lucha contra la corrupción que el Estado ha de implementar, también, desde su ordenamiento punitivo.

14 Cf. ib., p. 40.

La conducta de tráfico de influencias no pone en peligro abstracto la objetividad o, en términos generales, los deberes que inspiran una *correcta administración pública*, pues se sanciona incluso el supuesto de influencias simuladas o irreales. La norma penal del artículo 400 CP sanciona la lesión efectiva de la «institucionalidad de la administración pública», definida como el interés estatal en prevenir conductas que muestren a la administración pública como un ente endeble e influenciable, y se trata de un interés acorde con el modelo de organización social propio de un Estado constitucional de derecho, pues el compromiso estatal de lucha contra la corrupción debe abarcar todos los flancos posibles que coadyuven a fortalecer el sistema de corrupción, justamente por la idoneidad altamente lesiva que los actos de corrupción significan para el desarrollo del individuo en sociedad y para el mantenimiento del sistema jurídico: «[...] la regulación de los atentados contra la Administración Pública abarca un número fragmentario de acciones u omisiones cometidas por funcionarios o particulares que son aptas para lesionar tanto el regular desarrollo de dicha administración como otros aspectos esenciales de dicho ejercicio de la función y autoridad públicas».¹⁵

Dicho de otra forma, no es que sancione el tráfico de influencias por las probabilidades de peligro que puedan suscitarse,¹⁶ la sanción viene determinada (como todos los casos de prohibición penal de conductas) por tratarse de una modalidad de comportamiento típico contra el bien jurídico *correcta administración pública*.

3. SOBRE EL COMPORTAMIENTO TÍPICO. ¿SISTEMA DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL?

Una vez definido el objeto de protección de un tipo penal es posible identificar el tipo de conductas que la norma penal sanciona por suponer cursos causales idó-

15 ABOSO, Gustavo Eduardo. Ob. cit., p. 381.

16 Definición del delito de peligro abstracto. Cf. BARBERO SANTOS, Marino. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», p. 489. Disponible en: <www.indret.com>. Consulta hecha el 22 de septiembre de 2012.

neos de lesión o puesta en peligro¹⁷ contra el bien jurídico. En términos generales, un comportamiento típico es una conducta desvalorada (merecedora de pena) por extralimitar la libertad jurídicamente garantizada, en la cual los conocimientos que sustentan la prohibición penal le son exigibles al agente. Así, el concepto de comportamiento típico tendrá dos elementos: el objetivo y el subjetivo. El primero está relacionado con la determinación del riesgo, el cual solo puede configurarse de forma *ex ante*.¹⁸ El segundo elemento tiene que ver con la exigencia de conocimiento que recae sobre el creador del comportamiento típico. Una conducta se lleva a cabo de forma *dolosa* porque en los hechos el agente conoce la concreta capacidad de lesión o puesta en peligro contra bienes jurídicos que su conducta supone y aun así se decide por realizarla. Dicho de otra forma, el actuar *doloso* significa la actualización de los conocimientos que el ordenamiento jurídico-penal exige en los ciudadanos para evitar la creación de riesgos prohibidos. Por lógica, en el actuar imprudente o *culposo*, el agente no capta la capacidad lesiva de la conducta realizada, a pesar de que así lo exigía el ordenamiento jurídico.

El tipo penal del artículo 400 CP sanciona el invocar (directa o indirectamente) influencias, reales o no, conducentes a incidir en las decisiones de funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones administrativas o judiciales, para lo cual recibe o exige (directamente o no) algún tipo de ventaja o beneficio. Como se mencionó *supra*, la intercesión que ofrece el traficante puede versar sobre pretensiones absolutamente justas o sobre gestiones manifiestamente ilegales, pues no se sanciona la efectiva influencia; de ahí que pueda hablarse de un «tráfico de influencias propio» (cuando el traficante se compromete a influir sobre una pretensión ilegal) y de un «tráfico de influencias impropio» (cuando el traficante se compromete a influir en un funcionario sin hacerlo declinar de sus deberes).

Sin embargo, no toda invocación de influencias es punible (como tampoco no toda solicitud de influencia), pues habrá que analizar la idoneidad en el caso concreto de la conducta del traficante (o del que intenta serlo infructuosamente), que de por sí no siempre revestirá el riesgo suficiente como para justificar la interven-

17 Cf. FRISCH, Wolfgang y Ricardo ROBLES PLANAS. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 43.

18 La determinación del riesgo prohibido de forma *ex ante* es la única fórmula de prohibición que se condice con los fines preventivos de un derecho penal inserto dentro de un modelo de organización constitucional de derecho.

ción del derecho penal. Por ejemplo, no es lo mismo recibir el ofrecimiento de influencias de un secretario judicial que recibirlas del dueño del café donde el juez desayuna todos los días. Con lo cual, la determinación del peligro se realiza a partir del caso concreto. Otro ejemplo respecto de la idoneidad lesiva del comportamiento de influencias es la existencia de una ley de lobbies,¹⁹ donde ejercer influencias está permitido, siempre que dicha conducta esté reglada bajo una serie de requisitos que resguardan los valores y principios de una *correcta administración pública*.

Si el precepto penal sanciona al agente que invoca o tiene influencias y las pone a disposición de algún interesado y recibe algún tipo de ventaja, en clave de contraprestación, cabe la siguiente pregunta: ¿qué pasaría en el supuesto donde el sujeto ofrece sus influencias, pero sin recibir ventaja alguna o beneficio por ello? Como primera impresión de acuerdo con la literalidad del tipo penal y en absoluta concordancia con la doctrina mayoritaria (que menciona que estamos ante un delito de encuentro²⁰), habría que concluir que el supuesto de la pregunta planteada sería atípico o, lo que es lo mismo, no significa la creación de un riesgo intolerable en sociedad. En términos más claros: «La conclusión gratuita del acuerdo no es punible en nuestro ordenamiento jurídico».²¹

Se puede incluir una variante al ejemplo y mencionar que el traficante ha solicitado algún tipo de ventaja, y que el supuesto interesado no accedió a la propuesta. La solución tendrá que ser la misma que la anterior, el supuesto de hecho habrá de quedar impune.

Antes de pronunciarse acerca de la estructura típica del delito habrá que recordar qué es lo que protege el artículo 400 CP. Hasta donde se pudo exponer, se trata de custodiar la «institucionalidad de la administración pública» y cabe la siguiente pregunta: ¿se evita el mensaje de una administración endeble e influenciabile cuando el supuesto interesado no acepta otorgar ventaja alguna a favor del traficante? Es decir, ¿qué es lo que se prohíbe?, ¿que se ofrezca influir, que se acepte tal ofrecimiento o ambos? En mi opinión, se prohíbe ofrecer las influencias, si el

19 Ley 28024, «Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública».

20 Cf. REAÑO, José. «¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias». *Ius et Veritas*, n.o 28, año XIV, 2004, p. 100.

21 *Ib.*, p. 110. Asimismo, cf. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar; José REAÑO y Dino CARO. *Ob. cit.*, p. 61.

interesado las acepta estará realizando un comportamiento típico contra el bien jurídico del tipo penal del artículo 400 CP. Sin embargo, no es necesaria la «participación» del interesado para la configuración de la conducta típica de quien ofrece las influencias.²²

Si solo basta invocar influencias haciendo referencia a la posibilidad de interceder ante un funcionario administrativo o judicial, habrá tentativa hasta que el mensaje u ofrecimiento acerca de las influencias y la capacidad de intercesión no se haya concretado completamente. Es decir, estamos ante un supuesto consumado cuando el traficante ha ofrecido sus influencias, no así cuando se materializa o concluye en el acuerdo de intercesión²³ (pues no se trata de un supuesto de participación necesaria).

Respecto del supuesto interesado, su comportamiento típico estará absolutamente configurado cuando acepte la oferta del traficante y entregue o se comprometa a la entrega de alguna ventaja a favor de quien pone a su disposición sus supuestas influencias. Por lógica, habrá tentativa cuando el agente procure los medios, por ejemplo, para pagar el precio por las influencias ofertadas, sin que aún lo haya conseguido. Del mismo modo, si es el interesado quien solicita las influencias habrá consumado su conducta. En caso de que el sujeto que porta las influencias no aceptara la solicitud de intercesión, este no habrá realizado comportamiento típico alguno.

Por tanto, caben dos formas de comportamiento típico del interesado. La primera consiste en comprometerse a una «contraprestación» por la intercesión ofrecida del traficante; la segunda, en solicitar las influencias. Nótese que ambas conductas pueden llevarse a cabo directa o indirectamente.

El fundamento del injusto independiente en el interesado es el mismo que se desprende del fundamento de sanción en la conducta de quien ofrece sus influencias (autor —para la posición mayoritaria—). Esto es, si lo que se intenta proteger es la «institucionalidad de la administración pública», habrá que preguntarse si el interés del Estado por evitar que se muestre a la administración pública como

22 Es de opinión contraria José Reaño. Cf. REAÑO, José. Ob. cit., p. 111.

23 Es de esta opinión José Reaño. Cf. REAÑO, José. Ob. cit., p. 111.

endeble o influenciabile se constata o no cuando existen personas que solicitan influencias para solucionar sus controversias administrativas o judiciales. Parece que la respuesta debe ser afirmativa.

Con todo, el delito de tráfico de influencias no se dirige únicamente al que las ofrece, sino también al que las solicita. Los comportamientos típicos son autónomos y esto en virtud de la aplicación irrestricta del principio de responsabilidad por el propio hecho, imprescindible en un derecho penal moderno donde el principio de legalidad cimienta su importancia no en la literalidad del precepto, sino en la exigencia de un uso racional y coherente del ordenamiento penal.

Este planteamiento tiene repercusiones inmediatas e importantes en el sistema de participación criminal aceptado ampliamente por la doctrina contemporánea. En términos generales, el injusto del partícipe es accesorio y se fundamenta desde el injusto del autor; dicho de otra forma: «[...] es partícipe quien contribuye al resultado típico sin ejecutar la acción adecuada al supuesto de hecho típico. Por eso, los tipos de la parte especial describen solo el comportamiento de los autores, y las disposiciones relativas a la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad representan una *ampliación de la punibilidad* a comportamientos que, de otro modo, serían impunes [...]».²⁴ Esta base metodológica aplicada al delito de tráfico de influencias arriba a considerar que es autor quien ofrece sus influencias de intercesión a cambio de alguna ventaja. Del mismo modo, será partícipe en complicidad primaria el interesado que acepta la oferta (participación necesaria) y será inductor el interesado que solicita, primero, las influencias.²⁵

La conclusión que permite punir la conducta del interesado en el delito de tráfico de influencias es de recibo en este pequeño trabajo, no así los fundamentos que avalan tal conclusión. Quienes asumen el argumento de la participación criminal parten de la idea de que los tipos de la parte especial sancionan distintas formas de intervención delictiva, pero que la valoración de cada una de ellas viene determina-

24 CALDERÓN CEREZO, Ángel. y José Antonio. Choclán Montalvo. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 2.ª ed. Barcelona: Bosch, 2001, p. 399.

25 Cf. REAÑO, José. Ob. cit., p. 111 y ss. cf. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar; José REAÑO y Dino CARO. Ob. cit., p. 62. REAÑO, José. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2004, p. 73 y ss.

da por la parte general del CP, de ahí que la conducta del autor sea de entre todas las punibles la más drástica por estar contenida en la parte especial.²⁶

Por muy sugerente que se muestre este planteamiento, desde mi punto de vista, trae consigo un error. Si imaginamos por un momento que la parte general del CP no existiese, ¿dejaríamos de sancionar conductas llamadas de «participación»? Es decir, ¿acaso la valoración representada en un tipo de la parte especial del CP no es suficiente para no solo distribuir títulos de imputación, sino también para fundamentarlos? Parece lógico considerar que si la norma penal comunica determinada asignación de libertades (pues prohíbe la extralimitación de la libertad jurídicamente garantizada), su contenido prohibitivo ha de dirigirse a todo tipo de conducta siempre que se analice la idoneidad lesiva para poner en peligro o lesionar determinado bien jurídico (pues el derecho penal solo prohíbe la creación de especiales riesgos). Entonces, para el caso concreto del delito de tráfico de influencias, si se prohíbe mostrar a la administración pública como endeble o influenciable, es decir, si el mensaje normativo es evitar que se considere factible la imposición de intereses particulares por encima de los fines y objetivos prestacionales de una *correcta administración pública*, habrá que prohibir no solo el comportamiento de ofrecer influencias, sino también el de solicitarlas.

Sancionar la conducta del «partícipe» como de instigación o complicidad es reconocer, a fin de cuentas, que la conducta de participación lesiona el bien jurídico protegido, aunque se diga que solo es posible en virtud de una valoración que viene determinada de la parte general del CP, y en tanto ello se trata de una lesión indirecta. Pero el objeto de valoración viene de la propia parte especial que es donde la norma penal cobra sentido y se materializa efectivamente. Dicho con otras palabras, las normas que ampliarían la punibilidad (aunque el vocablo correcto sería «tipicidad») lo hacen de manera formal, pues el núcleo de imputación de responsabilidad penal viene determinado por la infracción «indirecta» de lo contenido en la parte especial.

Negar el valor del principio de accesoriedad para fundamentar un injusto autónomo en cada creación de comportamientos típicos no viola el *principio de hecho* en

26 Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 176.

derecho penal, pues se parte de que se sanciona un concreto curso causal idóneo de lesión o puesta en peligro contra un determinado bien jurídico. No es que solo una conducta de autoría pueda «develar» un comportamiento de riesgo y a partir de ello solo es que se pueda razonar en términos de colaboración o instigación. Lo que devela el riesgo es un comportamiento típico idóneo y prohibido justamente por extralimitar el ejercicio de la libertad jurídicamente garantizada. Y las conductas de solicitar influencias, frente a lo que se intenta proteger, es ya una expresión intolerable para la sociedad del ejercicio de libertad por los efectos nocivos que de ello se desprende y que fueron valorados anteriormente para tipificar conductas de tráfico de influencias.

No se trata de mencionar que todo el hecho delictivo le pertenece tanto a autores como partícipes (interesado y traficante), pues ello revalida el principio de accesoriedad.²⁷ Se trata de advertir que el desvalor que contiene la prohibición normativa del artículo 400 del CP puede realizarse tanto desde la conducta del interesado como del traficante, lo cual permitiría prescindir de términos tales como «autoría» o «participación». Para lo aquí interesa bastaría con el término «creación de comportamientos típicos».

4. TRÁFICO DE INFLUENCIAS IRREALES

El precepto penal del artículo 400 CP sanciona incluso el supuesto de hecho en el cual el agente invoque u ofrezca influencias que en realidad no tiene. Con lo cual, ni siquiera podría hablarse de la puesta en peligro abstracta de algún interés jurídico protegido, y se trasgredería así el principio de lesividad. En definitiva, el tráfico de influencias irreales es un supuesto de tentativa inidónea y, por mucho que esté tipificada en el precepto, una interpretación teleológica permitiría prescindir de su penalización, justamente en virtud de la contraposición advertida respecto del prin-

27 Al que se ha intentado redefinir criticando su tradicional concepción, cf., entre otros, ROBLES PLANAS, Ricardo. Ob. cit., p. 169 y pp. 220-225. SANCINETTI, Marcelo. *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*. Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26.

cipio de lesividad²⁸ (además de la aplicación del artículo 17 CP). No será necesario, desde este punto de vista, razonar acerca de la impunidad de la conducta del interesado que solicita influencias a quien no las tiene o de quien acepta la inexistente influencia ofrecida, pues hasta aquí solo expongo la posición dominante respecto del sistema de partición criminal aplicada al delito de tráfico de influencias; por ende, sin injusto de autor no existe injusto de partícipe.

Coincido en la necesidad de una interpretación teleológica del precepto, de tal modo que reconstruyamos el proceso de «desnormativización» que el conjunto de enunciados legales produce.²⁹ Insertar el simple texto de la ley dentro de un sistema coherente y sistemático que parte de la Constitución es una de las tareas más importantes de un derecho penal moderno.

Sin embargo, es justamente esta interpretación teleológica la que permite fundamentar la necesidad de sancionar el delito de tráfico de influencias, incluso cuando se trate del ofrecimiento o solicitud de influencias irreales. En primer lugar, habrá que recordar el compromiso institucional del Estado peruano en la lucha frontal contra la corrupción, compromiso que viene determinado no solo por los fines y objetivos constitucionales, sino también por la suscripción de instrumentos internacionales en la materia.

En segundo lugar, la legitimidad de sanción en el supuesto de influencias irreales es una cuestión que tiene que ver con el fin preventivo de la norma penal propio de un Estado constitucional de derecho que apela a la capacidad de motivación de los destinatarios de la norma. En este sentido, con razón menciona Mir Puig: «Para que el Derecho penal *pueda* desear la evitación de un hecho y considerarlo antijurídico, es preciso que se trate de una conducta *evitable mediante la motivación normativa*. Un derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar [...]».³⁰

28 Cf. REAÑO, José. «¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias», p. 119.

29 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. «Sobre la «interpretación» teleológica en derecho penal». En Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (eds.). *Estudios de filosofía del derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 376 y ss.

30 MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derechos*. Barcelona: Bosch, 1982, p. 47.

Se mencionó *supra* que el concepto de riesgo debe ser determinado de forma *ex ante*, solo así se podrá exigir en el agente el conocimiento de aquel y con ello calificar su conducta de acuerdo con su evitabilidad. Y no podría ser de otro modo, pues el destinatario de una norma penal «[...] no podrá internalizar una norma de conducta para el futuro, porque la evaluación según las consecuencias del hecho no permite orientarse antes de realizar la acción».³¹ Entonces, si el sujeto a quien le ofrecen interceder a su favor ante un funcionario judicial o administrativo no tiene cómo saber si está frente a un individuo que dice la verdad o miente acerca de sus influencias, y aun así decide aceptar las influencias, realiza un comportamiento de riesgo prohibido contra el bien jurídico, pues el interés que se intenta proteger no es la imparcialidad u objetividad de la administración pública (supuesto en el cual la conducta de tráfico irreal de influencia es absolutamente atípico), sino la «institucionalidad de la administración pública» en el entendido de evitar el mensaje de una administración endeble e influenciable.

De no ser así, en el supuesto del sujeto que no puede saber si está frente a un verdadero traficante, habría que esperar a constatar en un momento posterior a la conducta realizada si es que existían o no las influencias, con lo cual la capacidad de motivación del destinatario de la norma, cuanto menos, se obstaculiza, en desmedro del fin preventivo de la norma penal. Dicho en otros términos, no es acorde con un ordenamiento penal inserto en un Estado constitucional de derecho que el carácter prohibido de una conducta se determine recién con posterioridad a la realización del comportamiento.

Si esto es así, la tipificación del supuesto de invocación, ofrecimiento o solicitud de influencias irreales está legitimada plenamente desde una interpretación teleológica del precepto penal inserto en un modelo de organización social que privilegia la participación y el desarrollo del individuo en sociedad. Asimismo, por aplicación directa de principios constitucionales que exigen el uso racional del derecho penal, es que se legitima, una vez más, la punición de las llamadas «influencias irreales».

31 SANCINETTI, Marcelo. Ob. cit., p. 8.

5. SISTEMA CONCURSAL

El principal problema que en esta materia se suscita es el de la superposición de tipos penales. Sin embargo, habiendo definido el concreto comportamiento típico que la norma penal del artículo 400 CP tipifica y teniendo presente que el bien jurídico general *correcta administración pública* se materializa en distintos objetos de protección dependiendo del tipo penal del que se trate, la tarea de distinción debería resultar sencilla.

La idea central es la siguiente: el delito de tráfico de influencias concurre realmente con cada comportamiento típico que se requiera a efectos de hacer efectiva la promesa de intercesión que se realizó en virtud de las influencias invocadas. Con un ejemplo, supongamos que el sujeto «A» (traficante de influencias) me ofrece poder conversar con el juez de la causa acerca del caso en litigio, a cambio de una suma de dinero. Me ofrece, además, lograr que el juez me absuelva de los cargos. Con el dinero en mano, el sujeto «A» realiza una serie de gestiones valiéndose de sus influencias para lograr llegar al despacho del juez, convencerle de la rentabilidad del soborno y lograr, finalmente, que se me declare absuelto en el proceso penal por el delito de corrupción que afrontaba. Hecho que sucedió.

En el caso hipotético planteado, el sujeto «A» debe responder penalmente por los delitos de tráfico de influencias y cohecho activo, cuanto menos (al igual que el interesado). No es posible aplicar el principio de especialidad o de subsunción de tal forma que el delito de cohecho activo prime en la calificación delictiva de los hechos, pues se trata de distintos objetos de protección que responden a diferentes intereses garantizados por el ordenamiento penal, siempre con el objetivo de resguardar la *correcta administración pública*.

Sin embargo, habrá que atender a la idoneidad lesiva del comportamiento en supuestos en los que una sola conducta habilita la sucesión de una serie de acciones realizadas por un tercero. Es decir, ¿qué pasa si el traficante con el objetivo de cumplir con lo ofertado mata al funcionario que lo descubre? Esta variante no debe alcanzar al comportamiento típico del interesado, pues su conducta está sancionada solo por significar un curso causal idóneo de lesión o puesta en peligro contra el bien jurídico *institucionalidad de la administración pública*, no contra el bien jurídico vida.

El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia

Rafael Chanjan Documet

1. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia (la Corte), no ha sido pacífica la toma de posición respecto de si es necesario en el peculado doloso del artículo 387 del Código Penal apreciar un perjuicio económico o patrimonial efectivo a los fondos públicos y si dicho perjuicio debe ascender a cierta cantidad pecuniaria. En efecto, aun cuando de la redacción del delito de peculado doloso no se evidencia una exigencia de perjuicio económico para su configuración, al intérprete de la norma penal le corresponde llevar a cabo esfuerzos teóricos a efectos de evaluar si dicho perjuicio es exigible frente a la razonable y limitada protección del bien jurídico protegido por este delito. Dicha labor nos obliga a responder a algunas interrogantes como, por ejemplo, ¿qué naturaleza tiene el bien jurídico protegido?, ¿cuándo se evidencia una lesión o puesta en peligro del bien jurídico?, ¿acaso la devolución de los bienes indebidamente apropiados o utilizados suprime el desvalor de resultado del delito?

Asimismo, en la realidad social peruana es muy frecuente la presencia de casos en los que se procesa penalmente a un funcionario público por el delito de peculado en mérito a apropiaciones o utilizaciones indebidas para fines privados de bienes públicos de escaso o exiguo valor económico. Teniendo en cuenta los principios garantistas que fundamentan la intervención penal, será relevante evaluar qué tan razonable es hacer funcionar todo el aparato punitivo estatal para sancionar esta clase de conductas. ¿Es que no interesa en ningún caso el monto de lo apropiado para la configuración del peculado? ¿Cuáles serían los criterios que fundamentan

la sanción o impunidad de peculados de montos irrisorios? El planteamiento de soluciones a esta problemática se hace más importante si se considera que la abundancia de casos judicializados de peculados por montos exigüos contribuye negativamente a acentuar la permanente sobrecarga procesal que el sistema penal viene padeciendo.

En este sentido, el presente trabajo abordará —siempre sobre la base de algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia—; primero, el análisis de la exigencia o no de perjuicio económico; segundo, el análisis de las implicancias de la devolución de bienes previamente apropiados o utilizados indebidamente; y, tercero, el estudio de la cuantía de lo indebidamente apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso.

2. ACERCA DE LA EXIGENCIA DE PERJUICIO ECONÓMICO EN EL PECULADO DOLOSO

Han sido diversos los pronunciamientos de la Corte Suprema en los que se ha reconocido al perjuicio económico como elemento típico imprescindible para la configuración del delito de peculado doloso. Así, podemos mencionar la Ejecutoria Suprema del 2 de agosto de 2004, en la cual se absuelve a los acusados, puesto que «[...] si bien la citada obra [«Rehabilitación Carretera Tibillos»] se realizó de manera distinta a la inicialmente especificada, en el dictamen pericial contable [...] se concluye en la inexistencia de perjuicios económicos [...]».¹ Es decir, se absuelve a los acusados por el delito de peculado doloso, ya que si bien la obra prevista se realizó de manera distinta a la establecida, no se verificó un detrimento patrimonial contable en los fondos públicos.

En esta misma línea de argumentación, está la Ejecutoria Suprema del 13 de octubre de 2010, en virtud de la cual se absolvió también a los acusados, toda vez que «[...] para la consumación del delito de peculado es necesario que se verifique la afectación, menoscabo o lesión al bien jurídico —perjuicio patrimonial— que

1 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1500-2003-ICA, fundamento 3.

generalmente será determinado por medio de una pericia [...].² En este pronunciamiento, la Corte absuelve a los acusados en vista de que la entidad pública, antes que sufrir un menoscabo en su patrimonio al haber los acusados garantizado un préstamo personal con el dinero de las cuentas corrientes a plazo fijo del Estado, obtuvo un interés legal a favor por dichos depósitos. Es de notar que la Sala llega a determinar que, en este caso, no existió una lesión al bien jurídico protegido por el peculado, partiendo de que dicho bien jurídico es el patrimonio público.³ Aunque la Corte no lo diga expresamente, ella se está adhiriendo a una teoría puramente patrimonialista o económica del patrimonio. Desde nuestro punto de vista y como lo viene sosteniendo un sector de la doctrina, dicha postura debe rechazarse a efectos de dar paso a un entendimiento más bien «funcional» del patrimonio que haga hincapié en la «adecuada gestión del patrimonio público»⁴ para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública. Sobre esto volveremos más adelante.

Se reconoce aquí también a la Ejecutoria Suprema del 28 de enero de 2009, en virtud de la cual se absuelve a los acusados, dado que «[...] no se ha acreditado objetivamente un perjuicio económico en agravio de la Universidad Nacional Agraria de la Selva, es decir, no es posible estimar la existencia de daños y perjuicios ni que se haya lesionado el bien jurídico protegido [...]».⁵ En este pronunciamiento, la Corte estima que no se produjo el necesario perjuicio económico en el peculado, toda vez que los bienes sustraídos (insumos químicos) por los funcionarios públicos fueron recibidos en calidad de donación por la entidad estatal.⁶ Nuevamente, aquí se apela, como en el pronunciamiento anterior, a una falta de lesión del bien jurídico-penal; es decir, se excluye la relevancia penal de la conducta de los funcionarios en virtud de la aplicación del principio de lesividad penal reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal. De hecho, la Corte se ha referido expresamente a este principio para descartar la configuración del peculado en la Ejecutoria Suprema del 16 de noviembre de 2004, en donde sostuvo que en la

2 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3733-2009-LORETO, fundamento 4.

3 Cf. ib., fundamento 4.

4 ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 162.

5 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 390-2007-HUANUCO, fundamento 5.

6 Cf. ib., fundamento 5.

conducta de la acusada se apreciaba una «[...] inexistencia de la lesividad a que se refiere el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal, pues ha quedado probado que no se ha producido un perjuicio económico al Estado [...]».⁷

Ahora, si bien todos estos pronunciamientos de la Corte excluyen la responsabilidad de los funcionarios públicos que se apropiaron o utilizaron indebidamente bienes públicos en virtud de la inexistencia de un perjuicio económico contra el Estado, dicha conclusión tendría como presupuesto lógico que el bien jurídico protegido por el peculado sería el patrimonio público en sentido económico (o jurídico-económico). Según esta concepción, el patrimonio se entiende como un concepto estático que abarca aquellos bienes que tienen valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica,⁸ y que para apreciar su lesión únicamente se evaluaría la producción de un menoscabo cuantitativo en términos contables. El perjuicio patrimonial se definiría, entonces, como la disminución económicamente evaluable del acervo patrimonial de una persona (natural o jurídica).⁹

Esta es la concepción de patrimonio que, también, la Ejecutoria Suprema del 10 de marzo de 2008 ha acogido, en tanto que se exige para la corroboración de la lesión del bien jurídico la realización de una pericia contable. Según la Corte, «[...] para la configuración del delito de peculado se hace necesario que se acredite de forma fehaciente la lesividad causada a los fondos o efectos estatales encomendados, lo cual debe quedar corroborado por una actuación pericial contable determinante por tratarse de caudales del Estado [...]».¹⁰ De esta manera, la Corte sostiene que es imprescindible llevar a cabo una pericia contable en el proceso penal para determinar si ha existido un perjuicio económico (desvalor de resultado) que aunado al desvalor de acción (apropiación o utilización de bienes públicos) configure el injusto penal del peculado. Es decir, según la Corte, solo hay injusto penal de peculado si existe perjuicio contable en las arcas públicas.

7 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3616-2003-CUZCO, fundamento 4.

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. 86.

9 Cf. *ib.*, p. 9.

10 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 5617-2006-AREQUIPA, fundamento 3.

Como ya adelantamos anteriormente, no compartimos dicha concepción, puesto que, en un Estado constitucional y social de derecho, el patrimonio público debe ser protegido penalmente en tanto constituye una pieza indispensable para la realización de los fines prestacionales de la administración pública. Es por medio del uso del patrimonio público que el Estado puede hacer llegar a los ciudadanos los servicios públicos.¹¹ La valoración económica y contable de los fondos públicos es un aspecto circunstancial del «patrimonio público» como bien jurídico protegido en el delito de peculado, mas no agota ni define su contenido. El menoscabo cuantitativo de un haber contable no necesariamente se producirá en todos los casos que se afecte al bien jurídico protegido.¹²

En efecto, esta última afirmación se ve reforzada por lo establecido en el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción ratificada por el Perú: «Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado». Nuestra crítica a la tesis económica pura del patrimonio público ya ha sido recogida, en su momento, por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia del 3 de mayo de 2012, en virtud de la cual se eliminó de la redacción del delito de colusión desleal (artículo 384 CP), modificado por la Ley 29703, el término «patrimonialmente», bajo la consideración de que exigir un perjuicio económico efectivo al Estado, sin desvalorar la violación de deberes funcionales en este delito, era incompatible con los principios constitucionales que inspiran la intervención penal en este ámbito de la actividad estatal.¹³

A nuestro juicio, el patrimonio público como objeto de protección del delito de peculado debe entenderse en sentido funcional; es decir, lo que se protege en este delito es la funcionalidad del patrimonio público. El patrimonio público se protege penalmente en tanto sirve para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública y dicha funcionalidad se encuentra objetivada y garantizada legalmente, por medio de los procedimientos administrativos respectivos, sobre la base de los intereses generales.¹⁴ En efecto, en principio, «[...] cualquier inter-

11 Cf. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y Xavier ETXEBARRIA. Ob. cit., pp. 98-101.

12 Cf. ib., p. 104.

13 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional 00017-2011-PI/TC, fundamentos 28-30.

14 Cf. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y Xavier ETXEBARRIA. Ob. cit., p. 107.

vención susceptible de lesionar dicha funcionalidad, al margen de la existencia de un menoscabo cuantificable numéricamente, habrá de considerarse típica [...]»,¹⁵ salvo que dicha intervención sea completamente inidónea para frustrar el cumplimiento de los fines asignados a los concretos fondos públicos. Es por ello que la lesión o puesta en peligro del patrimonio público (desvalor de resultado) debe entenderse como el menoscabo de la aptitud en el tiempo oportuno de los recursos públicos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados.¹⁶ El perjuicio patrimonial en el peculado, entonces, desde la óptica dinámica y funcional se refiere al perjuicio del potencial patrimonial de la administración para el cumplimiento de sus fines.¹⁷

Esta concepción funcional del patrimonio público fue la que suscribió la Corte Suprema en su Ejecutoria del 18 de julio de 2011. En dicho pronunciamiento, la Corte sostiene que «[...] en realidad el interés patrimonial que el tipo penal de peculado tutela se afina en la sola puesta en peligro de la capacidad de gestión del Estado para cumplir con su finalidad de prestar servicios públicos [...] Por lo que se tutela, como apuntó Creus, la sola conservación del patrimonio público dentro de la esfera de disponibilidad de la administración pública, como garantía del cumplimiento de la función patrimonial del Estado [...]».¹⁸ Así pues, como bien afirma la Corte en esta Ejecutoria, la funcionalidad del patrimonio público no solo abarca la actividad ejecutiva de la administración pública, sino también las de reserva y programación del gasto, por ejemplo.¹⁹ En este sentido, no puede argumentarse, como erróneamente lo hizo la Corte en su Ejecutoria 1500-2003-ICA antes citada, que no se configuraría el peculado, porque el perjuicio económico no se evidenciaría cuando se realizan obras de manera distinta a lo programado, pero se cumple con la ejecución de estas.²⁰ El cumplimiento de los estándares administrativos procedimentales de la ejecución del gasto público es garantía para la funcionalidad del patrimonio público. Por ello, en principio, la apropiación o utilización indebida de

15 Ib., p. 107.

16 Cf. ib., p. 107.

17 Cf. ib., p. 106.

18 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 23-2001-09, fundamento 65.

19 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 23-2001-09, fundamento 62.

20 Cf. la nota 1 del presente texto.

caudales públicos podrá poner en peligro al bien jurídico de peculado (desvalor de resultado), aun cuando, luego, se cumpla con la ejecución del servicio público y contablemente no se observen pérdidas en las arcas públicas.

3. IMPLICANCIAS DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES INDEBIDAMENTE APROPIADOS O UTILIZADOS

Las implicancias de la devolución de los bienes indebidamente apropiados o utilizados frente a la configuración o no del injusto del peculado guardan estrecha relación con la problemática planteada en el punto anterior. Ha habido varias oportunidades en las que nuestra Corte Suprema se ha pronunciado sobre el particular, y las soluciones que ha expuesto no han sido uniformes, sino incluso a veces contradictorias. Ha habido ocasiones en las que la Corte ha sostenido que la devolución excluye el injusto de peculado, y otras en las que esgrime que dicha devolución es completamente irrelevante.

Respecto al primer grupo de pronunciamientos —en los que la Corte excluye el injusto del peculado en mérito a la devolución o restitución de los bienes públicos—, podemos mencionar la Ejecutoria del 16 de noviembre de 2004, según la cual la restitución de la cantidad faltante en los fondos de una institución pública supone la no perpetración del delito de peculado, lo cual hace que la conducta del agente carezca de contenido penal.²¹ Lamentablemente, la Corte no se exploya lo suficiente en este pronunciamiento como para saber indubitablemente cuáles son las razones dogmáticas por las cuales no se considera cometido el delito; sin embargo, deducimos que lo hace, porque considera, erradamente, que el desvalor de resultado en este caso no existe. Nuevamente, si equivocadamente se considera que el objeto de tutela en el peculado es el patrimonio público en sentido puramente contable, y no se toma en consideración la garantía de la funcionalidad de dicho patrimonio que nos obliga a atender como referencia los diversos deberes de la actividad funcional, la lesión al patrimonio posiblemente no se aprecie si los bienes ilícitamente apropiados o utilizados se devuelven. Es decir, la problemática de la devolución de los bienes nos remite de nuevo a la determinación del

21 Cf. la nota 7 del presente texto.

bien jurídico protegido por este delito que, como ya dijimos, no puede entenderse en un sentido meramente económico o contable.

De hecho, inclusive si se optara por una concepción contable del patrimonio público como objeto de tutela en el peculado, igualmente se podría afirmar la configuración del injusto del peculado antes de que se restituyan los bienes, puesto que se perjudicó económicamente a las arcas estatales desde que se sustrajeron los bienes hasta que fueron restituidos. Es decir, el delito de peculado se consuma en el instante de la separación de los bienes de la esfera del dominio de la administración pública. Esta tesis fue sostenida por la propia Corte en su Ejecutoria del 20 de julio de 2005, en donde sostuvo que «[...] la consumación del delito de peculado se realiza instantáneamente al producirse la apropiación o la utilización para sí o para terceros —actos de disposición— [...]».²² En dicha oportunidad la Corte descartó, acertadamente, que la devolución pueda significar una exclusión del injusto del peculado: «[...] se configura el delito de peculado cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque los mismos hayan sido restituidos [...]».²³

En efecto, el delito de peculado se consuma cuando se incorpora parte del patrimonio público al patrimonio personal de manera definitiva (modalidad de apropiación) o temporal (modalidad de utilización); en dicho momento se produce el resultado lesivo, es decir, el perjuicio patrimonial (entendido en sentido funcional) al Estado.²⁴ En este sentido, la restitución de los bienes apropiados por el funcionario público constituye un acto posconsumativo, irrelevante penalmente frente a la configuración del injusto del peculado.²⁵ En esta línea de pensamiento, podemos mencionar la Ejecutoria Suprema del 1 de abril de 2004, según la cual: «[...] para la configuración de este delito no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, sino solamente que sean utilizados para fines ajenos al servicio aunque estos hayan sido devueltos [...]».²⁶

22 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2275-2005-LIMA.

23 Ib.

24 Esta opinión es compartida por ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 501, aunque este autor exige para la configuración del peculado la existencia de un perjuicio económico que conste necesariamente en una pericia contable.

25 Comparte esta posición ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 511.

26 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 512-2003-AREQUIPA.

Ahora, distinto es que se valore la devolución espontánea de los bienes apropiados o utilizados como atenuante de la pena concreta que deberá imponerse por la comisión del delito.²⁷ Del mismo modo, la devolución puede servir como un indicio procesal —dentro de una pluralidad de indicios concomitantes e interrelacionados— que evidencie la presencia o falta de dolo en la conducta de apropiación o utilización del bien público. Precisamente, en la Ejecutoria Suprema del 4 de diciembre de 2006, por ejemplo, se excluyó la responsabilidad de un funcionario público por el delito de peculado, puesto que se valoró la restitución de los bienes públicos como indicio de una actuación no dolosa.²⁸ Esta devolución, sin embargo, como ya dijimos, debe valorarse con otros indicios; este dato por sí solo y de manera aislada no puede utilizarse para probar la ausencia de dolo en el funcionario público.²⁹

4. CONSIDERACIONES SOBRE LA CUANTÍA DE LO INDEBIDAMENTE APROPIADO O UTILIZADO

Respecto de este punto, habría que mencionar que nuestra Corte Suprema tampoco ha expresado de manera uniforme los sentidos de sus pronunciamientos. En algunas ocasiones, la Corte se decantó por la irrelevancia de la cuantía de los bienes públicos y; en otras, por la exclusión del injusto penal del peculado sobre la base de dicha cuantía. En efecto, el tipo penal de peculado no hace referencia alguna a un monto mínimo que deban tener los bienes públicos apropiados o utilizados para que se configure el injusto; sin embargo, como ya lo ha hecho notar un sector de la doctrina, esto no es obstáculo para que en aplicación de los principios inspiradores del derecho penal, en el caso concreto, se excluya la sanción penal por apropiaciones o utilidades de bienes de escaso o exiguo valor económico.³⁰

27 Según el numeral 9 del artículo 46 CP, un criterio para que el juez determine la pena concreta que impondrá la comisión del hecho punible es la reparación espontánea del daño producido.

28 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4930-2005-PUNO, fundamento 4.

29 Sobre las características de la prueba indiciaria, cf. la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1912-2005-PIURA, precedente vinculante en razón al Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 del 13 de octubre de 2006.

30 Cf. ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 504; y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 363.

Así, una de las Ejecutorias Supremas que sostiene que no interesa la cuantía de lo apropiado o utilizado para la configuración del injusto de peculado es la Ejecutoria Suprema del 13 de enero de 2004. En ella, la Corte sostuvo que era infundada la solicitud de cuestión prejudicial planteada por el encausado para la determinación de lo económicamente defraudado al Estado, puesto que «[...] en estos delitos [delitos contra la administración pública] no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados [...]».³¹ Del mismo modo, podemos mencionar la Ejecutoria Suprema del 1 de abril de 2004 precedentemente citada,³² que confirma la sentencia condenatoria contra los encausados por haber sustraído sistemáticamente diversos bienes de una entidad estatal.

Por otro lado, se encuentran los pronunciamientos de la Corte Suprema que excluyen la responsabilidad penal del funcionario público por el delito de peculado cuando la cuantía económica de los bienes es exigua o insignificante. En su Ejecutoria del 8 de abril de 2009, la Corte Suprema absuelve a los funcionarios encausados, pues el monto del que estos se habrían apropiado ascendía tan solo a la suma de 0,76 céntimos de nuevo sol. En términos de la propia Corte:

[...] el mérito de los informes periciales contables [...] permitió acreditar que todo el dinero presupuestado y destinado a la obra fue utilizado en su ejecución, lo que se corrobora con el dictamen pericial contable [...] en el que se indicó que existe un insignificante faltante de setenta y seis céntimos de nuevo sol; que por consiguiente, no se verificó que los encausados se hayan apropiado de fondos públicos que le fueron asignados para su administración, por lo que su conducta no se subsume en el delito de peculado doloso [...]³³

Aunque no queda del todo claro lo que la Corte pretende hacer notar en este fragmento de su Ejecutoria, pareciera que se afirma la inexistencia del elemento típico de «apropiación» sobre la base del ínfimo desbalance patrimonial en la ejecución de la obra pública. Es decir, la Corte no habría excluido la responsabilidad penal de los encausados por una cuestión sustantiva, sino por un asunto probato-

31 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3682-2002-LA LIBERTAD.

32 Cf. la nota 26 del presente texto.

33 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1686-2007-ANCASH, fundamento 4.

rio. El ínfimo monto de lo defraudado a las arcas públicas sería indicio de que los funcionarios no se «apropiaron» de bien público alguno.

A nuestro juicio, este razonamiento de la Corte no es completo, puesto que, en primer lugar, de la sola valoración de una pericia contable no se puede inferir lógicamente de manera certera que no existió la conducta de apropiación (desvalor de acción). La Corte parece confundir el desvalor de acción con el desvalor de resultado en este delito. En todo caso, podría deducirse que lo que la Corte pretendería decir es que no existió una lesión del bien jurídico en virtud del escaso valor económico de lo defraudado. Si esto fuera así, como ya sostuvimos anteriormente, la lesión del patrimonio público, en sentido funcional, no puede agotarse en consideraciones puramente económicas. En el presente caso, efectivamente, los funcionarios encargados de llevar a cabo la obra la ejecutaron sin seguir las especificaciones técnicas previstas; es decir, incumplieron ciertos deberes procedimentales en el uso de los recursos públicos, por lo que, en este caso particular, desde nuestro punto de vista —si existió por parte de los funcionarios una conducta de apartamiento de los bienes públicos de la esfera de disponibilidad de la administración pública y se los puso en situación de disposición privada—,³⁴ hubo una lesión al bien jurídico (desvalor de resultado) también.

Ahora bien, una problemática distinta representa el dilucidar si es razonable considerar que todo tipo de ataque contra el patrimonio público, en sentido funcional, merece la intervención del derecho penal. Nuestra Corte Suprema, en su Ejecutoria del 16 de noviembre de 2004, excluyó la responsabilidad de una funcionaria por considerar que la lesividad al bien jurídico era mínima en razón al exiguo monto apropiado. Según la Corte, «[...] respecto a la acusada [...] existe una mínima lesividad, ya que el faltante advertido asciende a cuatrocientos dos nuevos soles con ochenta céntimos [...]».³⁵ Es decir, la Corte señala que existe una mínima lesividad contra el bien jurídico solamente porque el monto de lo apropiado es exiguo.

En nuestra opinión, para determinar cuán intenso ha sido el ataque contra el bien jurídico protegido por el delito de peculado, no solo debe atenderse al monto

34 Esta es la definición de «apropiación» que ha sido establecida en el Acuerdo Plenario de las Salas Supremas Penales de la Corte Suprema de Justicia 4-2005/CJ-116 del 30 de septiembre de 2005, fundamento 7.

35 Cf. la nota 7 del presente texto.

dinerario de los bienes apropiados o utilizados, sino también al grado de afectación negativa que suponen tales conductas para el cumplimiento de los fines presenciales de la específica institución pública defraudada. Esto es, no será igualmente grave apropiarse de 100 nuevos soles que pertenecen a una obra de construcción de veredas cuya ejecución está a cargo de la Municipalidad Distrital de San Borja que apropiarse del mismo monto cuando este pertenece a una pequeña municipalidad distrital de la provincia de Puno para la realización de su Programa del Vaso de Leche. Siendo coherentes con nuestra definición del bien jurídico patrimonio público en clave funcional, nos es insuficiente determinar el grado de lesividad, exclusivamente, sobre la base de la cuantía de los bienes públicos.

Así pues, creemos que aquellos ataques al patrimonio público que, suponiendo una disminución contable del patrimonio de la administración pública, no resultan idóneos para producir peligro alguno en la capacidad de la entidad estatal para prestar servicios públicos, deberían ser irrelevantes penalmente.³⁶ En este sentido, en los dos casos planteados en el párrafo anterior, la apropiación de los 100 nuevos soles del funcionario de la Municipalidad de San Borja, en principio, podría ser irrelevante penalmente, si no existe riesgo alguno de afectar la capacidad de prestación de servicios públicos en el área específica. Por otro lado, la apropiación de los 100 nuevos soles del funcionario de la municipalidad de un distrito de Puno sí sería, en principio, perfectamente sancionable por el delito de peculado, toda vez que ese monto dinerario podría significar con mayor probabilidad la imposibilidad de adquirir oportunamente la leche que deberá luego distribuirse.

No obstante, cuando el peligro al que estamos haciendo referencia exista pero sea mínimo, desde nuestro punto de vista, todavía se puede limitar la intervención del derecho penal por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad (que abarca los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).³⁷ Según Lopera Meza, dentro del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se valora, además de otros criterios, el grado de lesividad o puesta

36 De esta opinión son partidarios también DE LA MATA BARRANCO, Norberto y Xavier ETXEBARRIA. Ob. cit., p. 108.

37 Este principio ha sido reconocido y utilizado por el propio Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de la ley penal que creó la agravante genérica de la reincidencia en la sentencia 00014-2006-AI del 19 de enero de 2007, fundamentos 41-47.

en peligro de la conducta prohibida para el bien jurídico.³⁸ Asimismo, Arroyo Zapatero ubica en este subprincipio la evaluación del carácter fragmentario del derecho penal, siendo que «[...] no han de sancionarse todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos [...]».³⁹

De este modo, se podría excluir la intervención penal en aquellas conductas formalmente subsumibles en el tipo del peculado que, por representar un peligro mínimo o muy lejano de entorpecimiento de la aptitud de los recursos públicos para cumplir con los fines prestacionales asignados, no merecen penalizarse; es decir, cuando la intervención penal aparezca como desproporcionada. Como bien afirma Arroyo Zapatero, el juez penal «[...] puede apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas un determinado género de conductas que solo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido [...]».⁴⁰ No obstante, debe quedar claro que este es un análisis que debe hacerse caso por caso, por lo que no deben darse teorías absolutas que, como se mostró en los pronunciamientos de la Corte Suprema, consideren siempre irrelevante la cuantía de los bienes o que la exigua cuantía de los bienes siempre hará que el hecho sea irrelevante penalmente.

5. CONCLUSIONES

- El perjuicio patrimonial —entendiendo el patrimonio desde una perspectiva puramente económica o contable— no es exigible para la configuración del injusto penal del peculado (artículo 387 CP). La disminución contable del patrimonio de la administración pública puede estar presente en algunos casos, mas no necesariamente en todos; pues lo decisivo para la lesión del bien jurídico protegido por el peculado es el menoscabo del potencial patrimonial

38 Cf. LOPERA MEZA, Gloria Patricia. «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales». *Jueces para la democracia*, n.º 53, 2005, pp. 46-47.

39 ARROYO ZAPATERO, Luis. «Derecho penal económico y Constitución». *Revista Penal*, n.º 1, 1998, p. 6.

40 *Ib.*, p. 6.

del Estado y de su aptitud para cumplir con sus fines prestacionales, en donde los parámetros administrativos de actuación funcionarial se erigen como garantía de la consecución de dichos fines.

- La devolución o restitución de los caudales públicos ilícitamente apropiados o utilizados por el funcionario público en ningún caso suponen la exclusión o impresión del injusto penal de peculado. El delito se consuma cuando se imposibilita a la administración pública de disponer de los recursos públicos, y se pone en peligro el cumplimiento oportuno de sus fines. La lesión del patrimonio público en sentido funcional (desvalor de resultado) se produce con antelación a la restitución de los bienes; no obstante, su devolución espontánea puede servir como atenuante de pena o como indicio para evaluar la presencia o no de dolo en el agente.
- La cuantía de los bienes apropiados o utilizados puede servir como criterio para excluir la intervención penal en determinados casos; sin embargo, este por sí solo es insuficiente, debe estar acompañado siempre por la valoración del grado de afectación que sufre la específica entidad perteneciente a la administración pública en su capacidad de brindar adecuados servicios públicos. Cuando dicha afectación sea mínima debido a las remotas posibilidades de entorpecimiento de la función prestacional específica de la entidad pública, se podrá acudir, en cada caso concreto, al principio de proporcionalidad para excluir el injusto penal.

Tercera parte
Estudios críticos sobre algunos
aspectos procesales en materia
de delitos contra la
administración pública

Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria

Luis Vargas Valdivia

1. INTRODUCCIÓN

La imposición de una sanción penal requiere un juicio previo en el que se declare la culpabilidad del procesado por la realización de una conducta delictiva atribuida.¹ En este juicio previo se discuten fundamentalmente dos cuestiones: *a*) si el hecho fáctico en el que materia de la imputación penal está debidamente probado y puede subsumirse en los supuestos de tipicidad previstos en el ordenamiento legal; y *b*) si el imputado es responsable de la realización de la conducta ilícita atribuida a él. El principio de presunción de inocencia (pero también los de debido proceso y derecho de defensa) obliga a las partes acusadoras en un proceso a desarrollar una actividad probatoria tendiente no solo a recrear en el juez hechos acontecidos en el pasado, sino sobre todo a generar en él certeza, más allá de toda duda razonable, respecto de la comisión del delito, la responsabilidad del imputado y los demás hechos vinculados (móviles, circunstancias atenuantes, agravantes, partícipes, identidad del agraviado, determinación del daño, etcétera), lo que permitirá dar sustento a una sentencia.

Queda claro que el objeto del proceso penal es alcanzar la verdad, pero no de cualquier manera o a cualquier precio, sino por medio de la actividad probatoria, la que debe constreñirse y fijarse a los principios consagrados tanto por los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales como por nuestro ordenamiento constitucional. Como bien apunta el profesor Manuel Mi-

1 Cf. JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Argentina, 2006, p. 14.

randa Estrampes,² una sentencia condenatoria no puede sustentarse en actos de prueba, practicados en el juicio oral con plena observancia de las garantías de legalidad, oralidad, inmediación, publicidad y contradicción. La observación de estos principios es lo que caracteriza al Estado de derecho y lo diferencia de las demás modalidades de gobierno despóticas o tiranas.

Si bien conforme con las reglas del modelo desarrollado en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) corresponde a las partes promover la actividad probatoria —con especial énfasis en las partes acusadoras sobre quienes recae la carga por generar en el juez certeza respecto de la imputación—, sin embargo no podemos aseverar que el juez sea ajeno a dicha actividad pues a él le cabe la función de evaluación respecto de la legalidad, pertinencia y utilidad de las pruebas ofrecidas, la actuación de los medios probatorios, conforme con los principios antes señalados y, finalmente, la valoración de la prueba.

Por lo tanto, es deber del juez ser minucioso y prolijo en la actividad probatoria, y otorgar mérito jurídico a las pruebas actuadas en el juicio. Y es que el proceso penal peruano, siguiendo el modelo euro continental, se suscribe al sistema de la libre valoración vinculado a las reglas de la «sana crítica» (artículo 158.1 NCPP). Este sistema establece, al decir del profesor Cafferata Nores,³ la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que las conclusiones que lo lleven a la decisión final (sentencia) sean causa de las pruebas actuadas, debiendo así plasmar el método de raciocino utilizado (obligación a la fundamentación). Queda claro pues, como anota el profesor Miranda Estrampes,⁴ que, a diferencia de los sistemas de la libre valoración o de apreciación de conciencia (artículo 283 antiguo Código de Procedimientos Penales), el juez debe valorar las pruebas conforme con las reglas de la sana crítica que son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano, como señala Couture, citado por el profesor Miranda. Estas reglas son las que obligan además al juez a explicar de manera clara e inteligible el proceso intelectual y de análisis utilizado para determinar aquellos hechos que, a su entender, han sido o no probados en el juicio.

2 Cf. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La valoración de la prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, p. 8.

3 Cf. CAFFERATA NORES, José. *Temas de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Desalma, 1988, p. 288.

4 Cf. *ib.*, pp. 8 y 9.

De lo expuesto se puede concluir que la sentencia condenatoria requiere de una valoración de suficiente prueba de cargo que, desde una sana crítica racional, lleve al juzgador a la certeza, más allá de toda duda razonable, de la comisión del delito y de la responsabilidad del imputado, que fundan la decisión de condena. Por lo general, este nivel de certeza se alcanza de manera óptima con pruebas directas que acrediten suficientemente el hecho penalmente relevante; sin embargo, no solo el carácter subrepticio que caracteriza ordinariamente la realización de un delito, sino también las especiales circunstancias que rodean la comisión de determinados delitos, en especial aquellos cometidos por algunos funcionarios públicos, como el de colusión (artículo 384 CP), que aprovechando su ubicación en las altas esferas del Estado se organizan de manera que puedan entorpecer las investigaciones y el acopio de medios probatorios a fin de obtener impunidad, traen como consecuencia que no siempre se encuentren pruebas directas de cargo. Bajo estas circunstancias, dar relevancia probatoria únicamente a la llamada «prueba directa» significaría tener que asumir niveles intolerables de impunidad por deficiencias o insuficiencias probatorias, por lo que resulta de suma importancia la utilización de la denominada «prueba indiciaria».

2. DE LA PRUEBA INDICIARIA

Cuando nos encontramos frente a crímenes cometidos por organizaciones delictivas o referidos a hechos de especial magnitud, la actividad probatoria no se puede agotar en la búsqueda de pruebas directas, por lo que se debe recurrir a la prueba indiciaria. En ese orden de ideas se ha pronunciado el Tribunal Supremo argentino, al establecer que no pueden solicitarse pruebas directas con la intención de demostrar hechos cometidos en la clandestinidad por miembros de aparatos organizados de poder, que actúan con la clara intención de no dejar evidencia de ninguna clase.

En estos casos se debe recurrir a la prueba indiciaria, también denominada prueba mediata, circunstancia, de inferencias o aquella conseguida por medio de presunciones. En palabras del profesor Cafferata Nores,⁵ estamos frente a un modo de

5 Cf. ib., p. 288.

valoración judicial de ciertos hechos probados que se fundamenta por medio de un método lógico, basado en diversos datos que permiten intentar demostrar una imputación legal. En otras palabras, se trata de un procedimiento de apreciación de ciertos datos probados, pero que no tienen una relación inmediata con el tema probado; esto es, vendría a ser un sucedáneo de prueba, el cual cuenta con características similares y es capaz de llevar al juez a un mismo o mayor nivel de certeza y confiabilidad. Entonces, es conveniente señalar que la prueba directa no puede considerarse siempre de alta fiabilidad, mientras que por medio de la prueba indiciaria se puede alcanzar un mayor nivel de certeza, pues exige el uso de un proceso de razonamiento basado en las leyes de la lógica y la experiencia. Por ello es que más que un medio probatorio, se le considera una actividad en la que el juez se ve obligado a utilizar el raciocinio para poder llegar a una conclusión o inferencia válida.

Es de resaltar que no solo la doctrina es prácticamente uniforme al señalar que la prueba indiciaria o indirecta sí reúne los estándares requeridos tanto en los instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales como en nuestro ordenamiento constitucional; sino que ello ha sido reconocido tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse las sentencias del 18 de enero de 1978, *Irlanda vs. Gran Bretaña*; 27 de junio de 2000, *Salman vs. Turquía*; 8 de abril de 2004, *Tahsin vs. Turquía*) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias *Asuntos Ney Anzualdo Castro vs. Perú*, *Manfredo Velásquez vs. Honduras* del 29 de julio de 1988); así como nuestro Tribunal Constitucional (sentencia expediente 00728-2008/HC) y la Corte Suprema de Justicia de la República (expediente R.N 1912-2005, recogida en el Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006) coinciden en señalar que la prueba por indicios sí es válida para sustentar una sentencia condenatoria y no requiere estar convalidada con prueba directa alguna.

Ahora bien, la prueba por indicios se encuentra regulada por el artículo 158.3 del NCPP, y se colige que está integrada por dos elementos: el indicio y la inferencia.

El indicio está conformado por todo hecho o conducta que si bien es distinto a los hechos materia de prueba; sin embargo, sí están vinculados de algún modo, al encontrarse en la periferia de este, por lo que sí resulta relevante para lo que es materia de la actividad probatoria.

El indicio debe estar debida y firmemente acreditado; es más, cierto sector de la doctrina apunta a que el indicio debe estar acreditado con prueba directa (por

ejemplo, se determina que las muestras orgánicas encontradas en el arma del homicidio corresponden al imputado gracias al examen del ADN), lo que en modo alguno implica que la prueba indiciaria deba estar corroborada por alguna prueba directa.

Los indicios deben ser múltiples o plurales, convergentes y concordantes. Al respecto, en la Ejecutoria Suprema R.N 1912-2005 (recogida en el Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, se señala que excepcionalmente el indicio puede ser único pero de «[...] una singular fuerza acreditativa». Al respecto, debo señalar que tengo dudas sobre la posibilidad de un indicio único, pues en los casos analizados se llega a la conclusión de que en realidad no se trata de un indicio sino de prueba directa.

Estos indicios múltiples deben estar además concatenados, relacionados y deben ser periféricos del hecho que se probará. Los indicios no deben estar desvirtuados o rebatidos, y debe tenerse en cuenta que respecto a ellos se aplican los principios de la actividad probatoria (legalidad, oralidad, intermediación y contradicción) y, antes de acordar su actuación, el juez debe verificar si resultan pertinentes y útiles.

Los indicios son aquellos hechos que se encuentran en la periferia del objeto que hay que probar, pero que guardan relación directa con él. Se requiere, además, que exista una pluralidad de indicios que converjan sobre un mismo hecho para que la prueba sea incorporada al proceso. *¿Qué es la inferencia?* Es la conclusión a la que se llega luego de analizar los diversos indicios, en un estudio concatenado y entrelazado de estos. La inferencia nos permite llegar a una conclusión inicial conformada por varios hechos en los que se hace referencia a los indicios encontrados, los cuales, al ser analizados de forma concatenada, nos permiten llegar a una conclusión única, una certeza. Por ello se dice que la inferencia tiene que ser unívoca, pues si los indicios nos llevan a varias conclusiones, luego de la valoración probatoria, no habremos obtenido resultado alguno.

Como lo apunta el profesor Joaquín Jiménez, en el informe preparado para la Oficina de la Droga y el Delito de las Naciones Unidas,⁶ si bien cierto sector de la doctrina clasifica los indicios como *a)* vehementes o graves y *b)* menos graves o

6 La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos —Perspectiva del juez—. Septiembre de 2006, pp. 9 y 10.

leves, en la práctica dicha diferencia no tiene mayor sentido pues los indicios menos graves o leves equivalen a las meras suposiciones o conjeturas, las que no tienen la fuerza suficiente para excluir otras opciones; lo que no sucede con los vehementes o graves que, como hemos señalado, se encuentran debidamente corroborados y permiten una sola conclusión. Es por eso que, en realidad, el indicio como tal, al estar debidamente acreditado y al ser analizado con los demás indicios, nos permitirá llegar a una única inferencia respecto del objeto de la prueba.

La valoración de los indicios no puede realizarse de manera individual, separada; sino, por el contrario, debe efectuarse en forma enlazada, concatenada, uniendo unos a otros, pues precisamente la fuerza corroborada de estos surge del análisis y evaluación en conjunto.

El segundo elemento es la *inferencia*, que es la conclusión a la que se arriba, de manera unívoca, luego de analizar los indicios, y que permite acreditar el objeto de prueba del proceso. Esto es la comisión del delito y la responsabilidad del imputado. Debe existir una conexión lógica entre los indicios y la inferencia.

La valoración integral de los indicios debe llevar, gracias a un raciocinio crítico, a la conclusión natural respecto de los hechos materia de prueba y, por ende, del proceso, de modo que permita al juez llegar, si es posible, al juicio de certeza sobre un contenido incriminatorio objetivado en los hechos probados. Esto explica por qué la prueba indiciaria es tan garantista como la prueba directa y probablemente más, puesto que exige una mayor motivación, que actúa en realidad como un *plus* de garantía, que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal.

Finalmente, se exige que el juez no solo exprese el juicio de inferencia sino que detalle, de manera clara y precisa, el razonamiento que le ha permitido llegar a la conclusión partiendo de indicios.

3. VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, en la jurisprudencia antes mencionada, el razonamiento utilizado por el

juez que, partiendo de los indicios, le ha permitido llegar a la inferencia y así a la certeza requerida para vencer la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria debe tener en cuenta el objeto de la prueba que, como en todo proceso, lo constituye tanto la comisión del delito así como el nivel de participación del imputado.

En tal sentido, resulta pertinente anotar que en el delito de colusión desleal, como cualquier infracción penal, debe ser objeto de prueba de cada uno de los elementos típicos: *a)* especial condición del sujeto activo o imputado, no olvidemos que este es un delito especial propio, por lo que debe acreditarse que el imputado no solo tiene la condición de funcionario público, sino que también interviene un determinado acto jurídico en representación del Estado; *b)* concertación con el particular o *entra neus*, *c)* la conducta fraudulenta en perjuicio del Estado (no necesariamente patrimonial); y *d)* la naturaleza del acto jurídico (licitación, suministro, concurso de precios, etcétera) materia del delito. La entidad o suficiencia de la prueba, cuya complejidad se reconoce, debe armonizarse con la vigencia de principios constitucionales de indiscutible valor, como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* y la exclusión de la prueba ilícita. Las reglas del ofrecimiento, actuación y valoración de la prueba no deben sufrir relajamiento, flexibilidad o merma alguna, así como la complejidad del tema probatorio no debe llevar a sostener el atemperamiento de la calidad y suficiencia de la prueba. La materia o el ámbito temático que ha de probarse, por más dificultad que encierre, no debe ejecutarse con desmedro de los derechos fundamentales.

Como hemos señalado, dada la naturaleza clandestina u oculta como opera la dinámica comisiva del delito de colusión desleal y teniendo en cuenta además que el imputado es un funcionario público que, en caso de actuar en una estructura de poder organizada habrá de propender a la desaparición de las pruebas y el entorpecimiento de la investigación, la doctrina recuerda la necesidad de recurrir cada vez con más insistencia a la prueba de indicios o prueba de presunciones.⁷

En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha venido desarrollando, por medio de la jurisprudencia producida en los últimos años, una serie de conceptos y principios

7 Cf. EXTEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier. *Fraudes y exacciones ilegales*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 209.

referidos a los indicios que tanto las partes como los jueces pueden o deben tomar en cuenta, a efectos de desarrollar la actividad probatoria en los procesos por estos delitos.

Así, el Supremo Tribunal ha establecido que la prueba del delito de colusión residiría en que un alcalde contrató una empresa para la construcción de una carretera sin respetar los convenios suscritos con el Gobierno Regional, el cual le impedía contratar con terceros.⁸ Considero oportuno anotar que la breve descripción que se hace en la Ejecutoria Suprema de los hechos que se consideran probados no permite determinar si en efecto se ha cumplido con los supuestos desarrollados en la Ejecutoria vinculante dictada en el RN 1912-2005, pues no se cuenta con los elementos necesarios para establecer si en dicho caso en efecto ha existido multiplicidad de indicios concatenados, ni tampoco se explica adecuadamente el razonamiento utilizado para llegar a la conclusión de certeza respecto de la comisión del delito y la responsabilidad del acusado.

De igual manera, la Sala Penal de la Corte Suprema ha precisado la prueba del delito de colusión sobre la base de la entrega de productos en mal estado, pero que pese a todo llevó a los procesados a pagar con inusitada rapidez el íntegro del dinero,⁹ expidiendo un cheque a favor del encausado, cuando lo correcto hubiera sido girar el cheque a nombre de la empresa contratista, hecho que además se produjo cuando el producto ni siquiera había ingresado en el almacén de la entidad agraviada. A ello se agrega la falsificación de una carta de cotización de una empresa contratista que nunca fue remitida.

Lo destacable de esta jurisprudencia es que fundamenta la confirmación de la condena expedida en primera instancia, en una *pluralidad concatenada de indicios relevantes*, los que demostrarían la concertación producida entre la empresa contratista y los funcionarios públicos, tales como: *a)* la entrega del producto en mal estado, que se entiende no supuso una labor de verificación y de control previo por parte de los funcionarios, más aún cuando uno era jefe de la Oficina de Abastecimiento; *b)* la rapidez en el pago del íntegro del dinero; *c)* el giro del cheque salió a nombre del encausado y no a nombre de la empresa contratista, si bien este indicio no es

8 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3978-2001 del 9 de octubre de 2002.

9 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1477-2004 del 1 de marzo de 2005.

unívoco ni rotundo debe interpretarse junto a los demás indicios; *d*) el producto ni siquiera había ingresado en los almacenes, lo que supone que no se desarrolló un visto bueno o la conformidad de los bienes en cuanto al estado, cantidad y calidad por parte del funcionario competente; y *e*) la falsificación de una supuesta cotización de una empresa contratista que no participó en el proceso de selección.

Por otro lado, el máximo órgano de justicia de la República ha reconocido expresamente el valor de la prueba indiciaria en el delito de colusión desleal, al confirmar la sentencia condenatoria sobre la base de diversos indicadores, tales como: *a*) en su condición de contador aceptó girar un cheque a favor de la empresa, a pesar de que nunca existió contrato, ni valoró que resultaba excepcional la forma de adquisición (pagó por adelantado sin contraentrega física del bien); *b*) pese a tener en su poder la carta fianza presentada por la citada empresa con el supuesto objetivo de garantizar la transacción, no la ejecutó en el plazo correspondiente;¹⁰ y *c*) la adquisición de las especies no tenía sustento técnico para su requerimiento por parte del supuesto usuario del servicio.¹¹

El mismo razonamiento, al valorar una pluralidad de indicios, se observa cuando en Ejecutoria Suprema se señala que: *a*) no se tuvieron en cuenta las especificaciones técnicas y presupuestos internos; *b*) no se siguieron las sugerencias aportadas por el asesor; *c*) se ignoraron las disposiciones del Reglamento Único de Adquisiciones pese a que la empresa fue observada en la primera convocatoria por presentar precios mayores a los del mercado; y *d*) omitir la presentación de la carta fianza de fiel cumplimiento.¹²

Otros factores e indicadores de cargo tomados en cuenta por la jurisprudencia peruana para probar la colusión desleal son los siguientes: admitir en un proceso de selección el precio más alto; otorgar un adelanto fuera de contrato;¹³ la marginación de otros postores; la existencia del vínculo de parentesco; cuando no se

10 Cf. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y Carlos GÓMEZ PAVAJEAU. *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 322.

11 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 284-2003 del 13 de mayo de 2004.

12 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1060-2003 del 30 de junio de 2004.

13 Cf. Dictamen del fiscal supremo en lo penal recaído en el Recurso de Nulidad 740-2003 del 4 de junio de 2004.

cumplían las especificaciones técnicas requeridas, se efectuaron pagos sin que se produzca la entrega total de los bienes; el pago superior a lo pactado; la convocatoria al concurso público no fue publicada en el diario oficial; existió una inusual celeridad en la gestión del pago mediante un cheque a favor de la empresa beneficiada; la empresa no estuvo constituida legalmente ni se encontraba registrada como proveedor; la orden que dio el director del hospital fue verbal;¹⁴ el haber suscrito un contrato con una empresa que no tenía licencia de funcionamiento, no tenía local comercial, ni se encontraba inscrita en el Registro de Proveedores.¹⁵ En esta línea, resulta importante citar El caso del alcalde que contrató una empresa de propiedad de un regidor, siendo además que el número de Registro Único del Contribuyente con el que facturó los contratos no pertenecía a la citada empresa; se adquirieron productos de segunda como si fueran nuevos; fue una adquisición sin requerimiento técnico por parte de la unidad requirente; que los bienes no fueron entregados al nosocomio pese a que se abonó 80% de su costo total; y que tampoco se suscribió contrato alguno.¹⁶

Por último, conviene destacar la importancia de los peritajes e informes técnicos en la acreditación del delito de colusión desleal, tanto para acreditar el perjuicio patrimonial, como si existió sobrevaluación o respecto de la naturaleza o característica de los bienes y/o servicios adquiridos. Sobre el particular, conviene precisar que resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales¹⁷ dentro del proceso penal, ya sea como pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de otro orden, siempre que se busque determinar la existencia o no del perjuicio y la precisión de la magnitud de este. En ese sentido, la pericia contable permite establecer, por ejemplo, si ha existido perjuicio o ventaja patrimonial¹⁸ a la concreta entidad del desplazamiento patrimonial. Conviene precisar que los hallazgos o resultados de las pericias o auditorías que se formulen deben ser concretos y específicos, y evitar en todo momento ser genérico.¹⁹

14 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1590-2005 del 2 de diciembre de 2005.

15 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 144-2004 del 7 de julio de 2004.

16 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1590-2005 del 6 de julio de 2005.

17 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1382-2002 del 5 de mayo de 2003.

18 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 238-2005 del 14 de junio de 2005.

19 Cf. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3342-2003 del 10 de noviembre de 2004.

Algunos apuntes sobre la defensa judicial del Estado en el caso Fujimori-Montesinos

José Ugaz Sánchez-Moreno

1. LOS INICIOS DE LA PROCURADURÍA AD HOC

El jueves 2 de noviembre de 2000, el ministro de Justicia, Alberto Bustamante, recibió una llamada de su par en Relaciones Exteriores, Fernando de Trazegnies, quien le comunicó que a su vez lo había llamado el embajador suizo para notificarle que en el Cantón de Zurich (Suiza), las autoridades helvéticas habían detectado cuatro cuentas a nombre de Montesinos y empresas relacionadas con él; las cuentas contenían nada menos que US\$ 48.000.000 (cuarenta y ocho millones de dólares).

Esto constituía la evidencia irrefutable de que Montesinos estaba involucrado en graves actos de corrupción, lo que complicaba significativamente al presidente Fujimori; pues hasta antes de la aparición del famoso video en el que aparece sobornando a Kouri, en las múltiples oportunidades en que Montesinos fue cuestionado, incluso en el delicado incidente de la triangulación en la compra de fusiles jordanos destinados a la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), este había dado su incondicional respaldo a su asesor.

Enterado Fujimori, que en esos días se encontraba en una frenética y circense «búsqueda» de su prófugo asesor en los elegantes barrios de Chaclacayo, ante la imposibilidad de encontrarlo, le encargó al ministro de Justicia que lo ubicara y capturara.¹

1 A esa fecha, 1 de noviembre de 2000, habían transcurrido cincuenta y tres días de la exhibición pública del video en que Montesinos aparece sobornando con US\$ 15.000 (quince mil dólares) al congresista opositor Alberto Kouri Bumachar para que se pase a las filas del oficialismo. A raíz de esa denuncia, Montesinos huyó a Panamá, donde permaneció algunos días intentando el asilo, pero luego, ante el fracaso de esa gestión, volvió al Perú, donde se mantuvo en la clandestinidad hasta su nueva fuga a Venezuela.

Fue en estas circunstancias que me convocó el ministro Bustamante para que lo ayudara a cumplir con tamaño encargo. El viernes 3 de noviembre, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución Suprema 240-2000-JUS, suscrita por los ministros de Justicia, Relaciones Exteriores y el propio presidente de la República, en la que se me designaba procurador ad hoc «para que en representación de la defensa de los derechos e intereses del Estado, interponga las acciones legales pertinentes contra el Sr. Vladimiro Montesinos Torres por los presuntos delitos de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado Peruano».

De acuerdo con la ley peruana (Ley 17537), la defensa judicial del Estado la ejercen los procuradores públicos, funcionarios asignados a cada sector estatal, quienes presentan las demandas o denuncias en representación del Estado cuando este ha sido agraviado, o ejercen la defensa de sus intereses en aquellos procesos en los que el Estado es emplazado a juicio.

La mencionada ley permite que, en circunstancias especiales, se pueda designar un procurador ad hoc o procurador especial, a quien, sin ser funcionario público, se le puede contratar para que ejerza la defensa del Estado en casos específicos. Igualmente, se pueden designar adjuntos que coadyuven su función.

Como ya se ha señalado, al ser informado por el Gobierno suizo de la existencia de las cuentas de Montesinos en ese país, el Gobierno peruano, presionado por las circunstancias, procedió a designar un procurador ad hoc y dos adjuntos (los doctores Luis Vargas Valdivia y César Azabache, a quienes se uniría luego un tercer adjunto, el doctor Ronald Gamarra). De conformidad con lo establecido por el artículo 1 del Decreto Supremo 013-2000-JUS, estos procuradores teníamos a nuestro cargo la preparación, sustentación, documentación, recopilación de pruebas y demás acciones que fueran necesarias para el ejercicio de las acciones legales pertinentes y el patrocinio de los procesos judiciales y demás necesarios en representación del Estado, tanto en el país como en el extranjero, así como la recuperación de los fondos comprometidos en los supuestos ilícitos cometidos por Montesinos.

Con el avance de las investigaciones, se hizo evidente que Vladimiro Montesinos no había actuado solo, sino que contaba con una vasta red de cómplices, que constituía una verdadera organización criminal.

El primer reto planteado desde el origen de la Procuraduría fue la fuente de su creación; pues, por razones externas a la voluntad del Gobierno fujimorista que se

vio forzado por las circunstancias, había sido creada por el régimen controlado por la misma organización criminal que debía investigar.

Consciente de esta debilidad en su origen, los procuradores optamos por iniciar las acciones con total independencia y ante la opinión pública, para lo cual establecimos una relación intensa con los medios de comunicación serios y no controlados por la organización criminal.²

Conforme avanzaron las investigaciones de los primeros días, ante la aparición de evidencia que apuntaba a la responsabilidad del propio presidente de la República, el 13 de noviembre de 2000, diez días después de haber sido nombrados, los procuradores presentamos un pedido a la Fiscalía de la Nación para que Fujimori fuera investigado por presuntas actividades vinculadas al narcotráfico.³ Horas después, pretextando asistir a una cumbre de presidentes en Asia, Fujimori huyó del país, se refugió en Japón y renunció a la presidencia de la República vía fax.

Con el total apoyo del nuevo Gobierno de Transición,⁴ la Procuraduría pasó a convertirse en una institución, pues conforme avanzaban las investigaciones se hizo evidente que la dimensión de la corrupción era de tal envergadura que resultaba una tarea imposible de realizar por un procurador y dos adjuntos.

Por esta razón, se adoptó una decisión estratégica: pasar de un equipo de tres procuradores a crear la institución de la Procuraduría Ad Hoc. Gracias al presu-

2 A las pocas horas de su designación, el procurador llamó a una conferencia de prensa para desmentir públicamente al presidente, quien horas antes había declarado falsamente que Montesinos contaba con orden de captura. A raíz del desmentido, Fujimori convocó al ministro de Justicia y le exigió la renuncia del procurador «porque no iba a tolerar que un simple procurador lo desmintiera públicamente». El ministro se negó a aceptar el pedido y puso su cargo a disposición, ante lo cual el presidente optó por desistirse de su pedido.

3 El hermano del difunto narcotraficante colombiano Pablo Escobar Gaviria, Roberto Escobar, alias Osito, declaró en esos días que era testigo de que su hermano había financiado la campaña electoral de Fujimori con US\$ 1.000.000 (un millón de dólares), aporte que Fujimori habría agradecido personalmente.

4 Ante la huida de Fujimori, renunciaron los vicepresidentes, el presidente del Congreso, así como los demás fujimoristas que le seguían en línea de sucesión, lo que facilitó designar como nuevo presidente del Congreso al parlamentario de la oposición Valentín Paniagua Corazao — un demócrata cabal— y en consecuencia, de acuerdo con la fórmula constitucional establecida para casos de vacancia de la presidencia, este asumió la presidencia del Gobierno de Transición.

puesto habilitado por el nuevo Gobierno, fue posible desarrollar una estructura institucional basada en un equipo de, aproximadamente, treinta personas (veinte abogados, siete asistentes profesionales y tres asistentes administrativos).

Se instaló una línea de denuncias 1-800 y una dirección de correo electrónico para recibir información, asimismo se crearon tres equipos de trabajo al mando de cada uno de los procuradores.

Un equipo se hizo cargo de las investigaciones relativas a graves violaciones de los derechos humanos y desarrolló las pesquisas vinculadas a los casos paradigmáticos en esta materia: las matanzas de Barrios Altos, de La Cantuta, de los campesinos del Valle del Santa, el asesinato de Mariela Barreto, las torturas a Leonor La Rosa, las ejecuciones de los terroristas rendidos en la toma de la Embajada de Japón y demás crímenes imputados al denominado «Grupo Colina».⁵

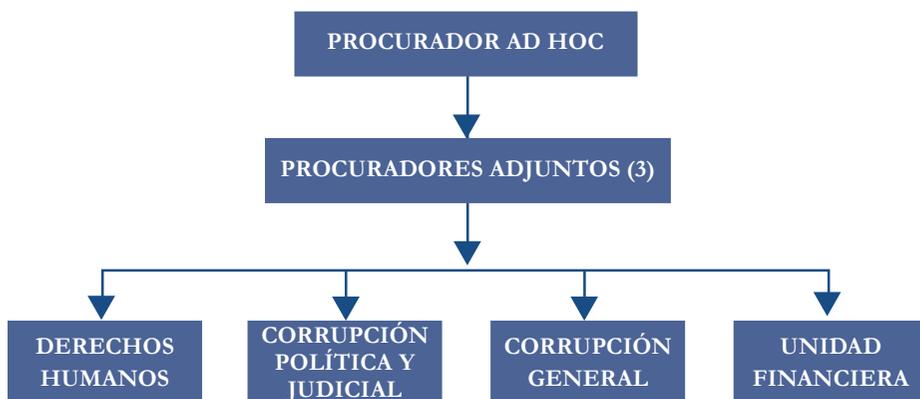
Otro equipo se encargó de las investigaciones sobre corrupción judicial y política, las que involucraron a un gran número de funcionarios judiciales y fiscales, así como a personajes vinculados a la política (congresistas, dirigentes políticos, alcaldes, etcétera).

Un tercer equipo asumió el impulso de las demás investigaciones, lo que incluyó la corrupción militar, el ámbito privado y los delitos financieros.

Finalmente, se creó una pequeña unidad de investigación financiera que tuvo como principal objetivo identificar, seguir, congelar y repatriar los cientos de millones de dólares que robó la organización criminal. Gracias a esta unidad, ha sido posible recuperar más de US\$ 250.000.000 (doscientos cincuenta millones de dólares) en depósitos en países como Suiza y Estados Unidos, para lo cual fue necesario activar diversos mecanismos de cooperación internacional.

5 Este comando de aniquilamiento fue organizado sobre la base de un puñado de miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército. Las investigaciones han acreditado que dicho grupo es el responsable del asesinato de un grupo de ciudadanos —entre ellos un niño— en el distrito de Barrios Altos, del asesinato de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta, del asesinato de campesinos del Valle del Santa, así como del descuartizamiento de una de sus integrantes y la tortura de otra.

Cuadro 1
Organización de la Procuraduría



Fuente: elaboración propia.

2. LOS INSTRUMENTOS LEGALES NECESARIOS PARA ENFRENTAR EL CRIMEN ORGANIZADO

Hecho público el video Kouri-Montesinos y a raíz de la dura confrontación entre las fuerzas políticas desatada por los afanes del Gobierno de Fujimori para forzar una tercera reelección, a lo que se sumó el escándalo de la operación clandestina de los fusiles jordanos entregados a las FARC, la situación de Fujimori se tornó insostenible, por lo que se vio obligado a anunciar que adelantaría la convocatoria a elecciones para el año siguiente. Esta grave crisis de gobernabilidad obligó a las fuerzas políticas a crear, promovida por la Organización de Estados Americanos (OEA), la denominada Mesa de Diálogo,⁶ instancia en la que estaban representa-

6 El objeto de la Mesa de Diálogo era facilitar la adopción de acuerdos básicos que hicieran posible la transición a las nuevas elecciones convocadas para el 8 de abril de 2001, lo que incluía la capacidad de iniciativa legislativa; por lo que, de facto, prácticamente había reemplazado al Congreso de la República, cuyo prestigio, que nunca fue muy alto, había descendido a niveles de rechazo sin precedentes, relegándolo a un papel de mero aprobador formal que dotaba de carácter vinculante a los acuerdos tomados en la mencionada institución.

das todas las fuerzas políticas, incluido el Gobierno, así como delegados de diversas instituciones de relevancia nacional.

Mientras los políticos discutían las posibilidades de ponerse de acuerdo sobre el futuro del país, la Procuraduría se enfrentaba a una realidad frustrante. Luego de las primeras semanas de trabajo, era evidente que el sistema penal peruano no estaba preparado para lidiar con la moderna criminalidad organizada. En efecto, el Código de Procedimientos Penales vigente a esa fecha, databa de 1941 y preveía un proceso inquisitivo, escriturado, obsoleto y ritualista que había sido diseñado para combatir la criminalidad tradicional, pero que no proveía de instrumentos eficaces para enfrentar redes delincuenciales modernas con gran poder político, económico y tecnológico.

En ese sentido, buena parte de los esfuerzos de la defensa del Estado chocaban con una barrera legal vetusta que impedía que se lograran los resultados que el país esperaba.

Muchos de los investigados, tan pronto tomaban conocimiento de que eran investigados, optaban por fugar sin que nadie pudiera evitarlo. En el Perú, como en la mayoría de países civilizados del mundo, dada la gravedad de sus consecuencias, solo la autoridad judicial puede dictar medidas cautelares (orden de captura, impedimento de salida del país, allanamientos, incautación de pruebas o bienes, etcétera).⁷ Sin embargo, por razones que derivan de una normatividad obsoleta, para que ello ocurriera en la época en que se iniciaron las investigaciones anticorrupción, el juez necesariamente tenía que abrir un proceso judicial por un caso concreto, lo que en rigor implicaba algunas semanas, cuando no meses, de investigación preliminar a cargo de la Policía y la Fiscalía a fin de acopiar la evidencia que permitiera al magistrado contar con los elementos que le exigía la ley para dar inicio al proceso. Mientras se hacían las indagaciones preliminares y se encontraban las pruebas, los responsables de los delitos sabían que no les podía pasar nada, pues el caso aún no estaba en manos del juez. Sin embargo, si comprobaban que la investigación policial había salido en su contra y que el fiscal los iba a denunciar —o incluso que ya lo había hecho—, esperaban los días previos a la apertura del proceso para huir o pasar a la clandestinidad.

7 El artículo 2 de la Constitución Política señala que solo se puede detener a una persona en flagrante delito o por orden judicial.

En suma, tenían mucho tiempo para manipular pruebas, esconder evidencia o huir, precisamente lo que las medidas cautelares tratan de evitar. Eso explica por qué, durante las primeras semanas, escaparon en desbandada muchos de los integrantes de la red criminal de Montesinos y Fujimori sin que nadie pudiera hacer nada, pues no se les podía detener o impedir legalmente la salida del país en tanto no fueran inculpados judicialmente.

Este problema empezó a causar mucha ansiedad en la Procuraduría, pues la opinión pública y la prensa presionaban y pedían resultados, y no entendían cómo era posible que se fugaran personas a quienes se estaba investigando y que estaban además notoriamente involucrados en graves actos de corrupción.

Era necesario y prioritario resolver el tema de las medidas cautelares, el cual se acrecentaba si se trataba de altos funcionarios del Estado, que gozaban de derecho a antejuicio⁸ al haber incurrido en delitos de función. En esos casos ocurría que mientras durara el antejuicio (proceso ante el Congreso para que este decida si habilita al Ministerio Público y al Poder Judicial a investigar y procesar al alto funcionario sospechoso de haber cometido un delito), que de por sí es un trámite congresal lento y engorroso, no podía adoptarse ninguna medida cautelar, lo que duplicaba los problemas ya existentes para investigados sin este privilegio.

Por otro lado, tratándose de criminalidad organizada desde el poder, la experiencia mundial había demostrado que la mejor forma de combatirla, dadas sus estructuras internas y mecanismos de subordinación, era creando reglas que alentarán la disidencia y la delación por parte de los propios miembros de la organización, en particular en los niveles secundarios e inferiores. Necesitábamos una ley, que al mejor estilo anglosajón, permitiera negociar con algunos imputados que no fueran cabecillas de la organización; beneficios penales a cambio de información.

Igualmente, dada la capacidad que tienen las redes criminales de intimidar y desarrollar actos de retaliación contra quienes conocen de sus crímenes y están dispuestos a atestiguar ante la justicia, era indispensable crear un sistema de protec-

8 El artículo 100 de nuestra Constitución Política señala lo siguiente: «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».

ción de testigos que les permitiera, entre otras medidas, aportar su versión de los hechos sin temor a sufrir consecuencias negativas por ello, para lo cual había que protegerlos admitiendo la posibilidad de que su declaración tuviera valor probatorio aun cuando se mantuviera en reserva su identidad.

Otro asunto espinoso era que al ser la Fiscalía y el Poder Judicial dos de las instituciones más impactadas por la corrupción de la red de Montesinos, resultaba difícil confiar en jueces y fiscales designados por medio del sistema informático, supuestamente aleatorio, de asignación de causas; por lo que, por lo menos a nivel del Ministerio Público, había que pensar en la creación de un sistema de fiscales anticorrupción con competencia a nivel nacional.

Definidas estas prioridades, que por cierto no eran todas las reformas necesarias para contar con un sistema anticorrupción afinado y moderno,⁹ la Procuraduría decidió preparar los proyectos de normas urgentes que resolvieran esta problemática.

Fue así como, en corto plazo, se prepararon cuatro proyectos de ley para resolver cada una de estas conflictivas prioridades. Con el Congreso bastante venido a menos (incluidas las escandalosas situaciones de los congresistas tráfugas), evitar el tortuoso y lento camino que recorre un proyecto de ley hasta que llega al pleno para su aprobación, así como evitar que se introdujeran modificaciones anti-técnicas que terminaran desnaturalizando la coherencia y el sentido de los proyectos, era prácticamente imposible. A ello había que agregar que la cargada agenda política, a pesar de que el caso Montesinos cubría una buena parte del espectro noticioso, hacía poco probable que le fueran a dar a nuestros proyectos la prioridad que requerían.

Evaluadas estas circunstancias, presentar los proyectos a la Mesa de Diálogo era la mejor opción dado que esta tenía iniciativa legislativa, lo que traía como ventaja que sus propuestas pasaban al Congreso solo para el trámite formal de aprobación.

9 Por ejemplo, en materia de derecho penal, era claro que había que mejorar los «tipos penales» o normas que describen los delitos, para evitar que se generen lagunas de impunidad (entre ellos, los referidos a la responsabilidad penal del no funcionario público en el delito de peculado, o la del beneficiario del tráfico de influencias, así como el establecimiento de un sistema de penas más coherente y proporcional). Sin embargo, estas modificaciones, necesarias para el futuro, no eran prioritarias; pues la ley penal, a diferencia de la procesal, no se puede aplicar retroactivamente.

De esta forma, se inició una ronda con los representantes de los diversos partidos para convencerlos de las bondades de los proyectos y la urgencia de su aprobación. Finalmente, se consiguió el consenso necesario y presentamos formalmente los proyectos a la Mesa de Diálogo para su aprobación y remisión al Congreso de la República. Sin embargo, a los pocos días de su presentación, Fujimori huyó del país y renunció a la presidencia, con lo cual la prioridad de la Mesa de Diálogo era otra: ponerse de acuerdo en quién asumiría la conducción del país.

Entronizado el doctor Paniagua como nuevo presidente y designado el doctor Diego García Sayán ministro de Justicia del Gobierno de Transición, los procuradores presentamos nuestras respectivas cartas de renuncia.

A los pocos días, el nuevo ministro de Justicia me comunicó que era un objetivo del nuevo Gobierno no solo mantener sino priorizar el proceso anticorrupción contra Montesinos, por lo que quería seguir contando con el equipo que hasta ese momento se había hecho cargo de la Procuraduría. Acordada la continuidad, se planteó la necesidad de ampliar las facultades de la Procuraduría Ad Hoc para incluir expresamente en su marco de actuación la investigación de los delitos que hubiera cometido el expresidente Fujimori y su entorno más cercano. Es así como rápidamente se promulgó la Resolución Suprema 133-2001-JUS del 24 de marzo de 2001, en virtud de la cual se ampliaron las facultades de la Procuraduría Especial para comprender en las investigaciones los delitos cometidos por el expresidente Fujimori en contra de la administración pública y los demás que se establezcan.

Consciente de la importancia de los proyectos presentados a la Mesa de Diálogo y dado que el escenario político había cambiado radicalmente con la llegada del nuevo Gobierno, el ministro rescató los proyectos y los derivó al Congreso de la República con pedido de trámite de urgencia. Hablé personalmente con el presidente de la Comisión de Justicia¹⁰ para explicarle la importancia de su aprobación, y logré que este, en tiempo récord, nos citara en su Comisión para fundamentar los proyectos.

Explicada la necesidad y urgencia de las normas, fueron finalmente aprobadas y promulgadas el 20 de diciembre de 2000 y 12 de enero de 2001, y publicadas al día siguiente.

10 El congresista Daniel Estrada.

Cuadro 2
Leyes promulgadas a partir de los proyectos de la Procuraduría

Rango	Número	Descarga de la Ley	Descarga del Expediente	Fecha de dación	Fecha de promulgación	Fecha de publicación	Denominación	Estado
Ley	27378			20/12/2000	20/12/2000	21/12/2000	Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada	
Ley	27379			20/12/2000	20/12/2000	21/12/2000	Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares	
Ley	27380			20/12/2000	20/12/2000	21/12/2000	Ley que faculta al fiscal de la nación a designar equipo de fiscales para casos complejos y fiscales para determinados delitos	
Ley	27399			12/01/2001	12/01/2001	13/01/2001	Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley 27379 tratándose de los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución	

Fuente: elaboración propia.

A partir de ese momento, se contaba no solo con una renovada y fundamental voluntad política del nuevo Gobierno democrático, sino también con cuatro flamantes leyes que se convertirían en eficaces instrumentos en el frente judicial de la lucha contra la corrupción del decenio anterior.

Ley 27379: Medidas coercitivas excepcionales

Esta norma estableció el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, gracias a lo cual fue posible la adopción de medidas cautelares preliminares fuera de proceso que permitieran asegurar la presencia de los investigados y preservar el escenario probatorio. Con este nuevo procedimiento, a pedido de la Procuraduría o de oficio, el Ministerio Público podía solicitar al juez de turno la adopción de estas medidas, las que eran controladas judicialmente y tenían carácter provisional, pues al término de un plazo perentorio debían convertirse en definitivas o descartarse.

Entre las medidas autorizadas por esta ley, destaca la de detención hasta por quince días, el arresto domiciliario hasta por treinta días, el impedimento de salida del país hasta por treinta días, así como embargos e incautaciones.

En virtud de esta ley, fue posible capturar en corto tiempo a, aproximadamente, ciento veinte integrantes clave de la organización delictiva; entre ellos, sus tres dirigentes máximos: Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás Hermosa Ríos y Alberto Fujimori Fujimori.¹¹

Ley 27380: Sistema de fiscales anticorrupción

A fin de desarrollar investigaciones más coordinadas y con criterio de especialidad, esta norma establece un mecanismo para designar fiscales provinciales que se avoquen al conocimiento de casos particularmente complejos, coordinados por un fiscal superior.

11 Fujimori fue capturado en Chile en octubre de 2005 al intentar aproximarse al Perú después de permanecer refugiado en Japón durante cinco años. Luego de formalizado el pedido de extradición, el 21 de septiembre de 2007, la Corte Suprema de la República de Chile decidió extraditar a Alberto Fujimori al Perú.

Debido a que el sistema de administración de justicia estaba fuertemente impactado por la corrupción, no era razonable pensar que los órganos regulares de la justicia, en general subordinados a los mecanismos controlados por Montesinos, iban a investigar con imparcialidad los delitos cometidos por la organización criminal liderada por este. Por tal motivo, a iniciativa de la Procuraduría, se hicieron las gestiones necesarias ante la nueva fiscal de la nación para la creación de un grupo de fiscales anticorrupción, y se escogió para ello a los más idóneos y no contaminados por la maquinaria corrupta de Montesinos. Es así como esta ley creó el sistema de fiscales anticorrupción, integrado por cuatro fiscales provinciales penales y liderado por un fiscal superior coordinador. Posteriormente, el Poder Judicial replicó el modelo del Ministerio Público y se creó el subsistema de jueces anticorrupción, integrado por cuatro jueces y una Sala Superior que se dedicó exclusivamente a atender los más de doscientos ochenta procesos judiciales e investigaciones activadas contra la organización de Fujimori y Montesinos. Optar por un sistema anticorrupción concentrado fue un acierto, pues permitió contar con jueces y fiscales honestos, jóvenes, motivados y técnicamente capaces para enfrentar con eficiencia el reto que imponía investigar y sancionar a tamaña organización.

Ley 27378: Beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada

Esta ley estableció beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. Los delitos de corrupción cometidos por medio de una organización criminal son difíciles de acreditar debido al carácter cerrado de estas organizaciones. A raíz de la experiencia italiana en la lucha contra la mafia (caracterizada por su observancia de la llamada Ley de la *omertá* o Ley del Silencio), se ha podido determinar que el aliento al disenso y a la delación genera una valiosa fuente de información que permite conocer los delitos y a la organización, descubrir hechos desconocidos, ahorrar considerable tiempo en la actividad probatoria, identificar los activos procedentes del delito y proceder a su recuperación.

Sin embargo, en países sin tradición anglosajona, este tipo de «justicia negociada o premial» puede generar resistencia, pues se cuestiona desde un punto de vista moral una negociación con quien ha cometido un delito. Desde una aproximación pragmática, pero también ética, es obvio que renunciar a mecanismos de negociación con disidentes de organizaciones criminales cerradas implicaría no tener acceso a información que permita conocer delitos ocultos, acceder a pruebas claves, recuperar activos y, en suma, identificar y sancionar a los responsables.

La norma en cuestión posibilitó otorgar beneficios de exención y reducción de pena para aquellos que estando incurso en delitos perpetrados por una pluralidad de personas u organizaciones criminales —con excepción de los cabecillas— colaboran proporcionando información útil, veraz y oportuna.

Para tales efectos, se estableció un procedimiento que incluye el acuerdo con el representante del Ministerio Público, la verificación de la información proporcionada y, finalmente, la aprobación judicial del acuerdo.

Igualmente, prevé un sistema de protección para quienes desean brindar información, sean imputados o testigos.

Ley 27399: Investigación preliminar y medidas coercitivas excepcionales para altos funcionarios del Estado

Establece una investigación preliminar previa al antejuicio, con adopción de medidas cautelares antes y durante este (salvo detención y arresto domiciliario), para aquellos altos funcionarios del Estado incurso en delitos de función.

Aprobado el paquete de leyes, la realidad diría si funcionarían, lo que no era un reto fácil, pues como se trataba de instrumentos tan novedosos, y en algunos casos complejos, seguramente encontrarían resistencia en algunos operadores jurídicos que no están acostumbrados a una justicia negociada como es frecuente en otros sistemas jurídicos.

Promulgada la ley del sistema anticorrupción del Ministerio Público, la Fiscalía designó a tres fiscales provinciales penales de Lima como fiscales provinciales especializados a dedicación exclusiva y a seis fiscales provinciales adjuntos de apoyo a las Fiscalías Provinciales Autorizadas para que asuman las diversas investigaciones que venían actuándose contra Montesinos y Fujimori (entre ellos mantuvo a la doctora Cecilia Magallanes, la responsable de haber promovido la primera denuncia contra Montesinos y, quien antes de fallecer víctima de una penosa enfermedad, mereciera el premio a la integridad otorgado por Transparencia Internacional por su destacada labor en la lucha contra la corrupción),¹² y nombró

12 Los fiscales originalmente designados para esta tarea como fiscales provinciales especializados fueron los doctores Ana Cecilia Magallanes Cortés, como fiscal provincial especializada de los

fiscal superior coordinador al doctor Víctor Cubas Villanueva, el artífice de la investigación por los asesinatos de La Cantuta.

3. ALIANZAS ESTRATÉGICAS

El Perú cuenta con un destacado grupo de periodistas de investigación, quienes a lo largo de los años del Gobierno de Fujimori habían estado documentando los diversos crímenes cometidos por el régimen y sus integrantes más destacados, incluidos Vladimiro Montesinos, el Grupo Colina y altos oficiales de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, debido al control ejercido por esta organización criminal en la mayoría de los medios de comunicación, así como a la manipulación del sistema de administración de justicia, todas estas denuncias fueron silenciadas o neutralizadas por medio de pseudoinvestigaciones policiales o fiscales, obviamente amañadas.

No obstante, el material informativo estaba disponible, lo que permitió a la Procuraduría acopiarlo, analizarlo y, cuando fue posible, convertirlo en material indiciario para sustentar sus pedidos de investigación. Esta estrategia dio muy buenos resultados debido a que la mayoría de las investigaciones periodísticas contenían datos duros, los que, en el contexto de una investigación penal, se convertían en prueba al ser corroborados en diligencias oficiales. En otros casos, los periodistas

delitos comprendidos en el Libro Segundo Título XVIII y demás conexos del Código Penal; Flor de María Alba López, fiscal provincial especializada de los delitos comprendidos en el Libro Segundo, Título I, XIV, XIVA y demás conexos del Código Penal; y Alejandro Espino Méndez, fiscal provincial especializado en delitos comprendidos en el Libro Segundo, Título XII y demás conexos del Código Penal. Asimismo, se nombraron fiscales provinciales adjuntos de apoyo a las fiscalías provinciales especializadas a los doctores Ana María Javier Venegas y César Núñez Torrejón, al despacho de la doctora Ana Cecilia Magallanes Cortez; a las doctoras María Ana Ley Tokumori y Felícita Janeth Romero Córdova, al despacho de la doctora Flor de María Alba López; y a las doctoras Carmen Begazo Andrade y Rocío Marilú Rojas Trigoso, al despacho del doctor Alejandro Espino Méndez.

de investigación se convirtieron en una muy importante fuente de información para el diseño de las investigaciones y acopio de pruebas.

Tratándose de una organización que se dedicó a robar y a practicar la corrupción en el Perú, parte importante de sus esfuerzos estuvieron destinados a poner el dinero obtenido ilícitamente a buen recaudo en el extranjero. Por tal motivo, fue indispensable recurrir a autoridades foráneas a fin de solicitar su cooperación para poder identificar, congelar y repatriar esos fondos. Igualmente, se necesitaban diversos actos de colaboración internacional en materia de acopio de evidencia o para capturar y extraditar a los prófugos de la justicia peruana que habían optado por huir a otros países.

Desde el inicio, la Procuraduría estableció contacto directo con las autoridades extranjeras cuya colaboración era necesaria para la justicia peruana, lo que resultó ser un acierto; pues, más allá de los requerimientos formales tramitados documentalmente, el contacto personal con las autoridades foráneas fue determinante para obtener buenos resultados en tiempo adecuado y resolver las múltiples dificultades que suelen presentarse en estos casos.¹³ El conocimiento personal contribuye a desarrollar la base de confianza necesaria para un trabajo coordinado y eficaz.

Por otro lado, la complejidad de las investigaciones y la multiplicidad de los delitos cometidos, exigían el concurso de técnicos en materias especializadas como la bancaria y tributaria. Por tal motivo, la Procuraduría promovió la creación de una instancia de cooperación interinstitucional por medio de la cual la Superintendencia de Banca y Seguros, la Administración Tributaria, la Contraloría General, entre otros, prestarían el concurso de sus técnicos para apoyar las investigaciones conjuntas de la Fiscalía y la Procuraduría. Sin embargo, por razones vinculadas a protagonismos y celos institucionales, administración de cuotas de poder y mentalidad burocrática, esta iniciativa se truncó, por lo que cada institución terminó requiriendo su propio grupo de técnicos, lo que duplicó esfuerzos y dispersó lo que pudo haber sido una acción conjunta mucho más efectiva.

13 La Procuraduría trabajó estrechamente con la magistrada suiza a cargo de la investigación de las cuentas de Montesinos, con fiscales norteamericanos, colombianos y mexicanos, con investigadores del FBI, funcionarios de las Unidades de Inteligencia Financiera de Gran Caymán, Estados Unidos, etcétera.

4. RESULTADOS EMBLEMÁTICOS

Después de los primeros catorce meses de investigaciones, el Perú congeló US\$ 216.000.000 (doscientos dieciséis millones de dólares) de la organización criminal en diferentes países, se recuperaron US\$ 65.000.000 (sesenta y cinco millones de dólares) en efectivo, US\$ 30.000.000 (treinta millones de dólares) en activos y se abrieron más de doscientas investigaciones contra más de mil doscientas cincuenta personas, de las cuales ciento veinte fueron a prisión, entre ellos catorce generales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, cuatro *broadcasters*, cuatro ministros, tres congresistas, un magistrado de la Corte Suprema, un fiscal de la nación y dos magistrados electorales.

Ocho años después de iniciado el complejo proceso anticorrupción peruano, el 20 de julio de 2009,¹⁴ se produjo un hecho sin precedentes en materia de lucha contra la corrupción política. Alberto Fujimori Fujimori, expresidente del Perú en el período 1990-2001, fue condenado por un tribunal peruano a la pena de siete años y seis meses de prisión en su condición de autor del delito de peculado doloso por apropiación y falsedad ideológica (caso 15 Millones de Dólares), a la vez que se le impuso pagos compensatorios e indemnizatorios ascendentes a la suma de, aproximadamente, S/. 3.000.000 (tres millones de nuevos soles).

Asimismo, el 30 de septiembre de 2009, el Tribunal Nacional condenó a Alberto Fujimori Fujimori a la pena de seis años de prisión en su condición de autor del

14 El 7 de abril de 2009 ya se le había condenado al expresidente Alberto Fujimori Fujimori a la pena de veinticinco años de prisión en su condición de autor mediato de los delitos de homicidio calificado (asesinato por alevosía), lesiones graves y secuestro agravado. Adicionalmente, la Corte le impuso pagos compensatorios e indemnizatorios ascendentes a la suma de, aproximadamente, US\$ 70.000 (setenta mil dólares), e hizo constar en el fallo que, los veintinueve agraviados de los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta no estaban vinculados a las acciones de Sendero Luminoso ni integraban dicha organización terrorista.

Esta sentencia fue confirmada por unanimidad en todos sus extremos por la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema mediante sentencia expedida el 30 de diciembre de 2009, salvo en lo que atañe al delito de secuestro agravado, en el que uno de los cinco magistrados opinó que se trataría de secuestro simple y no agravado, pues no habría concurrido el elemento de crueldad que exige la ley.

delito de peculado doloso y cohecho activo genérico¹⁵ (casos Medios de Comunicación e Interceptación Telefónica y Congresistas Tránsfugas). Adicionalmente, la Corte le impuso pagos compensatorios e indemnizatorios ascendentes a la suma de, aproximadamente, S/. 27.000.000 (veintisiete millones de nuevos soles).

Si bien el Perú tuvo que pasar por la vergüenza de ser señalado como uno de los países símbolo de la corrupción sistémica, hoy somos testigos de cómo a nivel internacional se estudia el denominado «Caso Peruano» como un proceso exitoso en el que un Estado saqueado y postrado por sus máximos dirigentes pudo revertir la situación investigando, procesando y sancionando a los responsables del pillaje. Obviamente, esto no es mérito exclusivo de la Procuraduría. Sin el grupo de decenas de jueces, fiscales, funcionarios y policías valientes y entregados que asumieron el reto de poner término a la impunidad, nada de lo logrado hubiera sido posible. Sin embargo, este caso sirve también para demostrar que una defensa de los intereses del Estado que se articula con criterios de profesionalismo, independencia y recursos suficientes es un aporte vital a la lucha contra la corrupción.

15 Es preciso señalar que la Corte Suprema de Justicia de la República también condenó, en lo referente al caso Medios de Comunicación e Interceptación al Secreto a las Comunicaciones, a Alberto Fujimori por el delito de violación del secreto de las comunicaciones.

Cuarta parte
Otros Estudios críticos sobre
la prevención y control
de la corrupción pública

La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal

Renata Bregaglio Lazarte

1. INTRODUCCIÓN

Podemos definir la corrupción como el mal uso del poder público con el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos. Pese a la simpleza de esta definición, las implicancias de abordar esta problemática desde el punto de vista jurídico plantea numerosos retos, dada la complejidad y diversidad de formas de comisión de este delito.¹ Las prácticas de corrupción van desde aquellas casi imperceptibles que se cometen en ámbitos privados de la vida cotidiana hasta grandes operaciones de repercusión internacional. Ello genera que el derecho penal de los Estados frecuentemente resulte insuficiente para la represión de estas conductas, lo cual hace necesario establecer consensos, mínimos de actuación y acuerdos de cooperación.

En razón de ello, el 31 de diciembre de 2003, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, Convención de Naciones Unidas). A la fecha, dicha convención cuenta con

1 Es en razón de esa compleja y cambiante realidad que los Estados que redactaron la Convención decidieron no establecer una definición de corrupción. Ello responde a la conveniencia de no tener un concepto de corrupción y tener una suerte de lineamientos y pautas que permitan plantear un concepto amplio de esta, que establecer una definición muy cerrada que luego pueda dejar fuera algún tipo de comportamiento que pueda considerarse, con el paso de tiempo, un acto de corrupción. Informe de la Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta encargado de preparar un proyecto de mandato para la negociación de un instrumento jurídico internacional contra la corrupción, 8 de agosto de 2001, parágrafo 17. Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/expertmtg_corruption/2s.pdf>.

163 Estados partes, entre los que se encuentra el Estado peruano, quien ratificó dicho instrumento el 16 de noviembre de 2004.

Ciertamente, este tratado no es el primer instrumento internacional que busca regular los mecanismos de prevención, lucha y sanción de la corrupción. A nivel regional, en 1996, se había adoptado la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, Convención Interamericana).² Asimismo, es posible identificar instrumentos no convencionales previos a la adopción de estas convenciones.³ No obstante, los estándares fijados en estos instrumentos han sido ampliamente superados por la Convención de las Naciones Unidas, al punto que es posible afirmar que hoy por hoy es el instrumento internacional más completo y la referencia principal en materia de corrupción.

La Convención de Naciones Unidas tiene por finalidad promover y facilitar el desarrollo de mecanismos para prevenir y combatir la corrupción. Para ello plantea una serie de medidas de naturaleza preventiva (adopción de normas de conducta para funcionarios, sistemas de transparencia y rendición de cuentas), medidas sancionadoras (deber de tipificación) y medidas de índole procesal (ampli-

2 Dicha Convención entró en vigor el 6 de marzo de 1997, y fue ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997.

3 Entre estos instrumentos no convencionales, también denominados de *soft law*, se puede mencionar la Declaración sobre la cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo (1990), el Código internacional de conducta para los funcionarios o titulares de cargos públicos (1997), la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno de las transacciones comerciales internacionales (1996), y la Declaración de Quito sobre desarrollo social y democracia frente a la incidencia de la corrupción (2004). Cabe señalar que al ser estos instrumentos declaraciones aprobadas en conferencias internacionales no son técnicamente vinculantes para el Estado peruano. Sin duda, los Estados que los han debatido y los han adoptado han puesto su firma en esos documentos, pero incluso aunque el Perú hubiese participado en estos debates y los hubiese firmado, de ninguna manera, desde una perspectiva netamente jurídica, podríamos alegar la obligación del Estado peruano de cumplir esas declaraciones y, menos aún, la generación de responsabilidad internacional por el incumplimiento de esos instrumentos. No obstante, los llamados instrumentos de *soft law* tienen algún valor. En primer lugar, pueden servir como criterios de interpretación. Por ejemplo, en el caso de la declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales se definen los elementos del soborno; por lo tanto, antes de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, la declaración sobre corrupción y soborno fue el referente obligatorio para dotar de contenido a ese delito. Por otro lado, generalmente las declaraciones suelen ser una suerte de antesala a lo que va a venir más adelante, esto es, la adopción del tratado. De esta manera, antes de que se celebre un tratado de las

ción del plazo prescriptorio, criterios para determinar la inhabilitación del funcionario, entre otros).

Desde una primera mirada, parecería que estas medidas deberían ser implementadas, según la materia y competencias, por el Poder Ejecutivo y Legislativo, ello en atención a que muchas de las medidas están orientadas al establecimiento de directivas o a la incorporación de conductas al Código Penal. No obstante, en este artículo se postulará cómo, dada la naturaleza autoejecutiva de varias de las normas de la Convención de Naciones Unidas, estas pueden ser directamente aplicadas (implementadas) por el operador judicial, de manera que se dé pleno sentido a la obligación de cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales que emana de todo tratado voluntariamente asumido por un Estado.

En ese sentido, en el presente artículo se hará una breve presentación del camino que atraviesa la Convención de Naciones Unidas desde su ratificación hasta su incorporación en el derecho peruano. A continuación, con dichos conceptos claros, se analizará cómo aquellas normas, en tanto normas incorporadas al ordenamiento interno, debieran ser directamente aplicadas en el marco del proceso por la presunta comisión de un delito de corrupción.

Naciones Unidas se habrá adoptado previamente una declaración, y esto no porque exista una norma que regule este procedimiento, sino porque esa es la práctica en el derecho internacional. Un ejemplo de ello es el de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, que tuvo como antecedente la declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales. Asimismo, un argumento más jurídico y menos práctico es el hecho de que, a pesar de que no estemos frente a un tratado, podemos decir que estas declaraciones son, al igual que los tratados, acuerdos entre Estados. Es por este motivo que el derecho internacional los denomina «actos concertados no convencionales». Son concertados porque primero se debate el texto del cuerpo que se está aprobando y luego el Estado decide si plasma su firma. Lo que pasa es que no son convencionales porque no generan obligaciones jurídicas similares a las de un tratado. No obstante, en el derecho internacional existe el principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones (*pacta sunt servanda*), en virtud del cual el Estado debería hacer sus mejores esfuerzos para poder llevar a cabo lo que los instrumentos internacionales establecen. Es así que dicho principio nos permite señalar que al momento que un Estado firma un instrumento de *soft law*, aunque sepa desde antes que estas declaraciones no van a ser un tratado y no van a generar efectos vinculantes, se generan una serie de compromisos internacionales. No obstante, en el caso del Perú, este dilema está zanjado, toda vez que aun cuando se dijera que el Estado no está vinculado por lo señalado en los instrumentos de *soft law*, el Estado peruano es parte de los dos tratados en materia de corrupción, tanto en la Convención Interamericana contra la corrupción, que se encuentra en vigor para nuestro país desde 1997, como la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, que entró en vigor para el Estado peruano en el 2004.

2. LA INCORPORACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS AL ORDENAMIENTO INTERNO PERUANO

Al analizar la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, el primer elemento que debe considerarse es el sistema o mecanismo de ingreso de la norma internacional en el ordenamiento interno. Una vez determinado este, corresponderá determinar el rango o jerarquía con que dicha norma ingresa, para finalmente analizar la naturaleza de las obligaciones internacionales incorporadas al derecho interno.

2.1. La incorporación automática de la Convención de Naciones Unidas

La incorporación alude a la forma como las normas internacionales (los tratados) ingresan en el ordenamiento interno.⁴ Sobre este punto, que debe ser regulado por el derecho interno, existen tres posibilidades sobre las cuales los Estados pueden optar al momento de legislar en el derecho interno:⁵

- a) Que la incorporación se haga de manera directa, es decir, con la sola ratificación o adhesión del tratado por parte del Estado. Este sistema se denomina «sistema monista» o «de recepción automática». Así, la tesis monista es aquella según la cual «la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional».⁶ En otras palabras, la tesis monista parte de la concepción unitaria del sistema internacional y del orden jurídico estatal, lo que implica que la norma de derecho internacional se incorpora en el derecho interno de manera inmediata.

4 Cf. SALMÓN, Elizabeth. «Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución». *Pensamiento Constitucional*, n.º 9, año IX, 2003, p. 151.

5 Para un mayor desarrollo, cf. NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: IDEI / PUCP, 2002, pp. 105-110.

6 SAGUES, Néstor Pedro. «Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno». En *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 88.

- b) Que la incorporación se haga luego de que el Estado haya adoptado una norma de derecho interno que «incorpore» la norma internacional al ordenamiento nacional. Este acto de incorporación se denomina «transformación legislativa». Este sistema se denomina sistema dualista o de recepción formal. Así, la tesis dualista es aquella según la cual el derecho internacional no tiene validez directa en el derecho nacional en tanto este no lo haya interiorizado por medio de un mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico interno. La tesis dualista, por tanto, parte de una concepción contraria; esto es, que el sistema internacional y el orden jurídico interno son órdenes jurídicos distintos y separados, por lo que se necesita un mecanismo especial, adicional a la ratificación o adhesión al tratado para incorporar el derecho internacional al derecho interno, nacional o doméstico.
- c) Que no exista regulación expresa, por lo que habrá que examinar la práctica administrativa o jurisprudencial para determinar si es o no necesario llevar a cabo un acto formal de transformación legislativa.⁷

El Perú es un país que ha optado por el sistema monista. Esto se desprende del artículo 55 de la Constitución Política, que señala: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

En el mismo sentido, la Ley 26647, que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos. Si bien la Ley 26647 establece en su artículo 4 que el texto de los tratados debe publicarse en el diario oficial, esta publicación de ninguna manera condiciona la entrada en vigencia del tratado. Es decir, no se puede asumir que el tratado no ha entrado en vigor para el Perú porque no se ha publicado en el diario oficial.⁸

7 Cf. NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho internacional público*. Tomo I: «Introducción y fuentes». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 326.

8 Cf. STC 00021-2010-AI. *Caso 30 Congresistas contra el Tratado de Libre Comercio Perú – China*, párrafo 22.

En razón de ello, al ser la Convención de Naciones Unidas un tratado ratificado por el Estado peruano y en vigor desde el 2004, las normas contenidas en él deben considerarse indubitablemente normas de derecho interno.

2.2. La jerarquía de la Convención de Naciones Unidas

Determinada la incorporación al derecho interno de las normas convencionales, un segundo aspecto que considerar al analizar las interacciones entre el derecho internacional y el derecho interno es la jerarquía que detentan estas normas en el ordenamiento peruano.

A diferencia de su antecesora, la Constitución Política de 1993 no contiene ninguna norma referida a la adjudicación de rango a los tratados.⁹ Sobre esta ausencia de norma expresa, fueron dos las posibilidades que la doctrina planteó: el rango constitucional de los tratados y el rango legal de estos. La primera postura de la doctrina se encontraba fundamentada en dos argumentos principales. El primero, la existencia de un artículo 3 en la Constitución¹⁰ que permitía la incorporación al bloque de constitucionalidad de nuevos derechos contenidos en tratados; el segundo, el carácter hermenéutico en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.¹¹ La segunda postura, que afirmaba el rango legal de los tratados, tenía su fundamento en el artículo 200-4 de la Constitución y se refería a la acción de inconstitucionalidad, que procede contra normas con rango de ley que contravengan la Norma Suprema. De acuerdo con dicho artículo, entre las normas con rango de ley que pueden impugnarse se encuentran los tratados.

Para zanjar esta controversia, en el 2006, el Tribunal Constitucional estableció el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos a partir de lo seña-

9 La Constitución Política de 1979 establecía en su artículo 101 el rango suprallegal de los tratados.

10 Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

11 Cuarta Disposición Final y Transitoria: las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

lado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria. En la sentencia del caso *Ninquispe*, el Tribunal Constitucional determinó que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional de tercer grado. Así pues, si bien cuentan con valor constitucional, se encuentran por debajo de la Constitución y las leyes de reforma constitucional.¹² De acuerdo con la argumentación del Tribunal, el resto de tratados tendrá rango legal.

Esta categorización, si bien otorga cierta claridad respecto al rango de las normas supranacionales, resulta imperfecta en atención a dos cuestiones. La primera, el Tribunal no define qué entiende por la expresión «tratado de derechos humanos»; la segunda, incluso aunque hubiera establecido tal definición, no puede dejarse de lado la consideración al principio de supremacía del derecho internacional.

En relación con el primer aspecto, es posible tomar como marco referencial lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 2, en el sentido que los tratados de derechos humanos son aquellos orientados «más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano». En este sentido, los tratados de derechos humanos serán aquellos que se refieran a la protección de los derechos humanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, o de cuál sea su objeto principal.¹³

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la Convención de Naciones Unidas contiene disposiciones que protegen derechos humanos. La corrupción, qué duda cabe, lesiona fundamentalmente el derecho a la igualdad de las personas, toda vez que estamos frente a un supuesto en donde una persona obtiene un beneficio indebido en relación con el otro universo de personas que no lo están obteniendo, lo cual genera lógicamente una desigualdad. Sin embargo, dicho derecho humano no sería el único lesionado con la corrupción. Actos de corrupción cometidos, por ejemplo, en la esfera de la educación o la salud, afectarán no solo la igualdad de las personas, sino también el acceso mismo a dicho servicio público en el que se

12 Cf. STC 0047-2004-AI, fundamento 61.

13 Cf. Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N.º 2, parágrafo 24.

traducen dichos derechos. De esta manera, los actos de corrupción podrán implicar una obstrucción o traba para el acceso a servicios como la educación, salud, vivienda y justicia por parte de las víctimas de esa corrupción. En el mismo sentido, la corrupción a nivel judicial afecta el derecho de acceso a la justicia y debido proceso de aquel que resulta perjudicado con el acto de corrupción.¹⁴ Ello, además, genera un impacto desproporcionado en grupos en situación de vulnerabilidad, como pueden ser las minorías indígenas, las mujeres o los niños.¹⁵ En este sentido, un tratado con disposiciones para combatir la corrupción es un tratado que contiene normas de derechos humanos, y dichas normas, siguiendo la clasificación del propio Tribunal Constitucional, deben ingresar en el derecho interno con rango constitucional.

La segunda razón para cuestionar la clasificación formulada por el Tribunal Constitucional tiene que ver con el hecho de que los debates internos sobre el rango de los tratados se encuentran superados desde la perspectiva internacional. De acuerdo con el derecho internacional, existe lo que se conoce como el principio de primacía del derecho internacional. De acuerdo con dicho principio:

[...] la resolución de cualquier controversia internacional tendrá como criterio que ninguna disposición de Derecho interno justifica el incumplimiento de una norma internacional y que esta debe ser adecuadamente implementada por los Estados a fin de proceder a su cumplimiento.¹⁶

Este principio se manifiesta en la norma consuetudinaria¹⁷ consagrada en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.¹⁸ De acuerdo con dicha norma: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

14 Cf. International Council on Human Rights Policy. *Corruption and Human Rights: Making the connection*, 2009, p. 25. Disponible en: <http://www.ichrp.org/files/reports/40/131_web.pdf>.

15 Cf. *ib.*, p. 7.

16 SALMÓN, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 56.

17 Cf. Corte Permanente de Justicia Internacional. Asunto de las Comunidades Greco-Búlgaras. Serie B, N.º 17, p. 32.

18 Ratificado por el Perú el 14 de septiembre de 2000.

Si bien, como señala Salmón, este principio solo es mandatorio en el ámbito del derecho internacional (de acuerdo con el derecho interno, los Estados tienen plena libertad para asignar jerarquía a las normas), la contrapartida a ello es que, desde una perspectiva de responsabilidad internacional (generada por el incumplimiento de una norma internacional por parte de un Estado), no se considerarán las disposiciones de derecho interno, ya que en este ámbito primará el derecho internacional.¹⁹ Así, siendo la Convención de Naciones Unidas una norma de derecho internacional, el Estado peruano podrá asignar la jerarquía que considere apropiada, pero ante el incumplimiento de dicha norma internacional operará la figura de la responsabilidad internacional, bajo la cual no será posible argumentar que en virtud de una norma interna (que asigna las jerarquías en el derecho interno) se desatendieron las obligaciones internacionales emanadas de la Convención.

Es así que, para que el derecho internacional y el interno actúen en armonía, las obligaciones internacionales adoptadas por un Estado no deberían ser eludidas por este último invocando normas de derecho interno. Ello genera que, en caso de conflicto entre la norma internacional y la norma interna (incluso, una norma constitucional), deberá preferirse la norma contenida en el tratado. Ello lleva a sostener que la Convención de Naciones Unidas y las obligaciones que están establecidas en ella son absolutamente vinculantes tanto para quienes deben legislar como para quienes deben aplicar los principios que esta Convención establece.²⁰

2.3. La implementación de las normas de la Convención de Naciones Unidas

Habiendo examinado el sistema de incorporación de tratados y el rango de estos en el derecho interno, es momento de analizar el deber de implementación que tienen los Estados respecto de estas normas internacionales; es decir, la obligación de dar cumplimiento efectivo a lo establecido en los tratados.

19 Cf. SALMÓN, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, p. 58.

20 Si bien la Constitución Política de 1993 establece en su artículo 57 un sistema de ratificación que evita, o que al menos trata de salvar, las inconsistencias entre la Constitución y el tratado, si fuera el caso que se diera una incompatibilidad (no advertida en el proceso de ratificación) entre la norma internacional y la norma constitucional, el operador de justicia, si no puede salvar la interpretación por medio de la integración del bloque de constitucionalidad, deberá siempre preferir la norma internacional por sobre la norma nacional, incluso si está es la propia Constitución.

Al respecto, es preciso distinguir entre normas de derecho internacional autoaplicativas (*self executing*) y normas no autoaplicativas o programáticas (*non self executing*).²¹ A diferencia de las reglas de incorporación y rango, la naturaleza autoaplicativa o programática de una norma sí proviene del derecho internacional,²² y responde a la voluntad de los Estados que redactaron el tratado.²³

La autoejecutividad de una norma implica que estas, por ser completas, no necesitan de otras normas para aplicar internamente la norma internacional que se enuncia, sino que pueden ser directamente invocadas por los destinatarios de dichas normas. Estas podrán entonces ser aplicadas por el agente estatal directamente, sin necesidad de un desarrollo normativo posterior. De acuerdo con la doctrina, para que una norma pueda considerarse autoaplicativa debe presentar las siguientes características:

- a) Que la norma otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigible ante un juez.
- b) Que la norma sea lo suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de tener que recurrir a alguna norma legislativa o judicial adicional.²⁴

Las normas no autoaplicativas o de naturaleza programática, por el contrario, sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocidos por el derecho internacional se ejecuten en el derecho nacional o doméstico.²⁵ Es importante tener en cuenta que la progresividad de una

21 Cf. SAGUES, Néstor Pedro. Ob. cit., p. 94.

22 Cf. SALMÓN, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, p. 77.

23 Cf. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. «La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno». *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Interacional*, n.os 69-71, 1987-1989, p. 35.

24 Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 305.

25 De idea semejante es SALMÓN, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, p. 92.

norma no cuestiona su validez en el derecho interno, sino su aplicabilidad inmediata ya que la norma no cuenta con todos los elementos necesarios para operativizarla en el derecho interno.

3. LAS NORMAS AUTOAPLICATIVAS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS Y LAS POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN JUDICIAL

Como se ha señalado, una norma autoaplicativa es aquella que no requiere un desarrollo normativo para que sea plenamente aplicable y reclamable ante instancias judiciales. Ahora bien, dada la naturaleza misma de la obligación, la implementación de la norma (su cumplimiento efectivo por parte del Estado) podrá estar a cargo de diferentes órganos estatales. La posibilidad de reclamación judicial permitirá cuestionar justamente a aquel funcionario que, debiendo satisfacer la norma autoaplicativa, no lo hizo. No ha de entenderse entonces que las normas autoaplicativas deben únicamente ser, valga la redundancia, aplicadas, por el órgano judicial.

Sin embargo, atendiendo nuevamente a la naturaleza de la norma, es plenamente posible encontrar normas de naturaleza autoaplicativa que deben ser satisfechas por el juez. No existe desde el derecho internacional una técnica que determine la implementación de las normas internacionales, sino que esta queda al libre arbitrio de los Estado y, por supuesto, de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones prescritas en las normas.

En ese sentido, muchas de las obligaciones de la Convención de Naciones Unidas son de naturaleza programática, correspondiendo principalmente al órgano legislativo su implementación. Ello se deduce del texto mismo de la Convención. Así, por ejemplo, las normas del capítulo III de los artículos 15 al 25, referidas al deber de penalización, establecen que: «Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito [...]».

Si bien la Convención hace referencia a medidas «de otra índole» (no legislativas), en tanto el resultado de la obligación debe ser la tipificación de la norma (incorporación en el Código Penal), se entiende, en primer lugar, que la naturaleza de la

norma es programática (la incorporación en la norma penal requiere una modificación legislativa),²⁶ y que tiene como principal responsable al Poder Legislativo.

No obstante, otras normas de la Convención de Naciones Unidas y la Convención Interamericana permiten, por su redacción, naturaleza y sistemática, derivar obligaciones autoaplicativas cuyo responsable principal de aplicación será el operador judicial. Esta afirmación queda más clara a partir de la lectura de la Convención de Naciones Unidas que en su artículo 3 establece como ámbito de aplicación de dicho instrumento la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción. Ello implica que las disposiciones podrán resultar aplicables durante el procesamiento mismo de una persona inculpada por la comisión de un delito de corrupción. En el mismo sentido, una norma autoaplicativa de la Convención de Naciones Unidas dispone:

Cada Estado parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.²⁷

En razón de ello, el operador judicial se encontrará en algunos casos en posición de dar cumplimiento a normas convencionales. La omisión a este cumplimiento, sin duda alguna, generará responsabilidad internacional al Estado.

26 Dentro de esta no autoaplicatividad de la norma es posible distinguir niveles de obligatoriedad en el cumplimiento. Así, la Convención de Naciones Unidas establece un deber de tipificación que se puede denominar «obligatorio», es decir, el Estado tiene la obligación de tipificar conductas como delitos de corrupción (por ejemplo, los delitos previstos en los artículos 15 y en el primer párrafo del artículo 16); y un deber de tipificación que puede llamarse «facultativo» o «potestativo», esto es, señala que sería recomendable que el Estado tipifique determinadas conductas, pero finalmente la decisión recae en el propio Estado (segundo párrafo del artículo 16 y artículo 18). La Convención Interamericana, por su parte, establece hasta tres niveles de deber de tipificación, y añade a los antes vistos la tipificación que puede denominarse «progresiva»; es decir, el Estado debe hacerlo pero se prevé la posibilidad de que aún no lo haya hecho (artículo VIII).

27 Artículo 30.3.

Así, una primera norma que podemos considerar, en este sentido, es la que se refiere a la noción amplia de funcionario público. De acuerdo con el artículo 2.a, se considerará funcionario público a:

- i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;
- ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;
- iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el Derecho interno de un Estado Parte.²⁸

En el mismo sentido, la Convención Interamericana establece en su artículo 1 que:

Se entiende por «Funcionario público», «Oficial Gubernamental» o «Servidor público», cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Estas normas no establecen ámbito de aplicación, es decir, no es una definición que deba considerarse únicamente para el cumplimiento del deber de tipificación o adopción de medidas administrativas complementarias, sino que es un concepto que debe tenerse en cuenta por todos los agentes estatales que estén en posición de dar cumplimiento a la Convención de Naciones Unidas.

28 Esta definición es más amplia incluso que la utilizada por la Convención contra la Delincuencia Organizada (apartado a del artículo 2). En el mismo sentido, la Convención Interamericana establece en su artículo 1 que se considera «funcionario público», «oficial gubernamental» o «servidor público» a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Este razonamiento ha sido recogido en nuestro país por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006 en relación con la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. Al respecto la Sala manifestó:

[...] que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, *la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a «cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos»*, indicando que se entiende como función pública «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una personal natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos»; además, es de tenerse en cuenta que según su Ley Orgánica el CGBVP detenta como recursos propios —entre otros— el monto económico que otorga el Estado a través del Presupuesto General de la República, *siendo que justamente el delito imputado guarda relación con el indebido manejo y gasto de los fondos públicos que directa o indirectamente efectuaron los acusados en el desarrollo de cargos en la estructura orgánica del CGBVP, es decir la imputación no está vinculada a la ejecución de su labor institucional orientada a la prevención, detección y control de incendios, desastres y calamidades públicas sino al ejercicio de funciones administrativas dentro de la institución que pueden acarrear variadas consecuencias como es la responsabilidad de índole penal.*²⁹ (Las cursivas son nuestras)

Si bien el razonamiento tiene como fundamento la Convención Interamericana, resultaría el mismo argumento si se aplicasen los preceptos de la Convención de Naciones Unidas.

Otro ejemplo de norma autoaplicativa cuyo cumplimiento puede ser asumido por el juez será la prevista en el artículo 30.5. De acuerdo con dicho artículo:

29 Sentencia de la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima recaída en el expediente 032-2006 del 7 de enero de 2012, p. 16.

Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.

Ciertamente, la regulación legal de la libertad anticipada o condicional es una facultad del Poder Legislativo y corresponde a una norma no autoaplicativa. Pero lo que el artículo 30.5 ordena no es la regulación de dichas figuras, sino el criterio del juez para su otorgamiento en el caso de delitos de corrupción. En este sentido, previendo los artículos 57 y 58 del Código Penal peruano la libertad condicional, el juez puede aplicar automáticamente la norma del artículo 30.5 de la Convención de Naciones Unidas durante el proceso de evaluación sobre la conveniencia o no de aplicar dichos artículos.

Un tercer ejemplo de norma autoaplicativa, referida a la valoración de la conducta delictiva, es la prevista en el artículo 28 de la Convención de Naciones Unidas, que dispone:

El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

En virtud de esta norma, al momento de valorar la conducta del imputado, el juez deberá considerar también las circunstancias fácticas objetivas. Nuevamente, la norma toma como presupuesto el cumplimiento de la obligación programática de tipificar el delito. Es sobre este supuesto que el artículo 28 resulta aplicable.

Finalmente, una disposición que puede generar algunas dudas respecto a la posibilidad de aplicarla de manera inmediata es la referida a la prescindencia del perjuicio patrimonial para configurar el delito de corrupción. Así, el artículo 3.2 de la Convención de Naciones Unidas establece que:

Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

De igual forma, el artículo XII de la Convención Interamericana prescribe que:

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Esta disposición genera dudas respecto a su naturaleza. Por un lado, podría pensarse que es una obligación de cumplimiento programático que se hará efectiva en la adopción de medidas legislativas que tipifiquen delitos de corrupción sin considerar la necesidad de que ocurra daño patrimonial. Lo contrario implicaría vulnerar el principio de legalidad penal. Por otro lado, podría asumirse como una norma autoaplicativa que establece una obligación de interpretación por el operador judicial en el sentido de no sancionar únicamente las conductas que hayan generado ese daño patrimonial al Estado.

No obstante la aparente confusión que puede generar la norma internacional, pareciera que ella plantea esta doble naturaleza. Por un lado, como resultado de una primera lectura, obliga al legislador a considerar la necesidad de prever en la tipificación de delitos de corrupción conductas que vayan más allá del daño patrimonial. Por otro lado, genera en el operador judicial la obligación autoaplicativa de comprender la configuración de un delito de corrupción al margen de que exista o no ese daño patrimonial al Estado.

Esto último, sin duda, genera problemas al momento de enfrentar este criterio interpretativo con la literalidad de la norma. Recientemente, el Tribunal Constitucional consideró que la tipificación del delito de colusión incorporada por la Ley 29703 resultaba contraria a la Convención de Naciones Unidas (y a la Constitución Política), en lo referido a la necesidad de que para que se configure dicho delito se requiera defraudación de carácter patrimonial (mientras que las convenciones hablan de «perjuicio patrimonial»). En dicha decisión el Tribunal señaló:

Como se sabe, una misma disposición legal *puede, por lo general ser interpretada válidamente de diversas maneras*, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado legal y la segunda, el sentido interpretativo [...]

En este orden de ideas, en cuanto al término «defraudar», este ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicio-

nar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. [...] Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término «defraudación» en otros ámbitos como el de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial [...]

Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término «patrimonialmente» puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [...] ³⁰ (Las cursivas son nuestras)

Al margen de que se pueda estar o no de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional, lo cierto es que su razonamiento permite desprender que, en tanto este no se pronuncie de manera definitiva en torno a la interpretación que debe darse a una disposición, es posible que los operadores de justicia realicen dicha interpretación. Dado que, como el propio Tribunal reconoce, caben interpretaciones del término «defraudación» que vayan más allá del daño o perjuicio patrimonial, cabría la posibilidad de que el juez penal interpretara la expresión «defraudación patrimonial» en un sentido más amplio que el de «perjuicio patrimonial», de manera que un delito (como el delito de colusión en el presente caso) se configurará exista o no ese daño o perjuicio patrimonial al Estado.

Ante esta postura, surge la interrogante de si al otorgar este margen interpretativo al juez penal se estaría contraviniendo el principio de legalidad, considerado un principio fundamental del Estado de derecho, a partir del cual el propio Tribunal Constitucional ha señalado que se impide una recepción inmediata de normas del derecho penal internacional que impliquen nuevos ámbitos de incriminación de conductas.³¹

30 STC 017-2011-AI, fundamentos 25, 28 y 29.

31 Cf. STC 010-2002-AI/TC; STC 2758-2004-HC/TC y STC 012-2006-AI/TC.

Si bien el principio de legalidad en sus inicios tuvo una connotación bastante rígida, resulta oportuno considerar lo planteado por Jesús-María Silva como una «interpretación teleológica», entendida como aquella que supera la literalidad de la norma para asignar un significado que resulte justificado, razonable o coherente con la finalidad de la norma.³² Dicha interpretación, afirma Silva, conlleva la satisfacción de cuatro premisas: *a*) que en relación con dichos enunciados existe un *telos* (fin de regulación, idea justificante, etcétera); *b*) que dicho *telos* no esté expresado en el enunciado jurídico; *c*) que dicho *telos* sea, sin embargo, susceptible de ser descubierto; y *d*) que, una vez descubierto o asignado el *telos*, pueda reconstruirse el sentido del enunciado de manera que se configure como un medio para el cumplimiento de dicho fin.

En el caso concreto, ambas convenciones contienen una norma que ordena la interpretación del delito de corrupción como uno que no implique necesariamente daño o perjuicio patrimonial. Dichas normas obedecen a la necesidad de regular un concepto amplio de corrupción y garantizar que todo mal uso del poder público, con el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos, sea sancionado penalmente. En ese sentido, podría afirmarse que se cumplen las cuatro premisas planteadas por Silva. Ello queda reforzado, además, si se toma en cuenta que el mandato de interpretación deriva de una norma internacional que, además de prevalecer sobre el ordenamiento interno (por el principio de primacía del derecho internacional), ha sido incorporada por el Tribunal Constitucional o bloque de constitucionalidad.³³

De esta manera, queda libre el camino para que el operador judicial realice una interpretación teleológica que permita la implementación de la norma internacional y, superando una interpretación literal del tipo penal, considere que los delitos de corrupción se configurarán incluso cuando no exista daño o perjuicio patrimonial en sentido estricto.

32 Cf. SILVA, Jesús-María. Sobre la «interpretación» teleológica en derecho penal. En Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (eds.). *Estudios de filosofía del derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 373.

33 Aunque no de manera expresa, en la sentencia bajo análisis, el Tribunal Constitucional ha incorporado esta categoría de tratados a la Convención de Naciones Unidas al postular los fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción. STC 017-2011-AI, fundamento 14 y ss.

Ahora bien, siendo este el marco teórico para el comportamiento del juez, cabe señalar que la decisión del Tribunal Constitucional ha venido a cerrar esa posibilidad, o al menos a restringir su ocurrencia. Es cierto que el operador judicial mantiene su margen de discrecionalidad para interpretar el delito de corrupción como aquel que no necesariamente genera daño patrimonial al Estado. No obstante, en el caso de delitos cuya redacción genere un aparente conflicto entre la norma penal y la norma internacional, la decisión del Tribunal Constitucional llevará al juez a considerar que cualquier delito de corrupción que en un futuro utilice la expresión «patrimonial» debe interpretarse en el sentido de implicar daño o perjuicio patrimonial en sentido estricto, y no (como mandaría una interpretación teleológica a la luz del derecho internacional) en sentido amplio. Este riesgo puede presentarse en futuras regulaciones (nada garantiza que el legislador penal no caiga en redacciones que generen esta situación) o en la interpretación del término «beneficio patrimonial» del delito de concusión (artículo 382 del Código Penal).

Al respecto, es importante considerar que lo desarrollado por el Tribunal Constitucional no configura un precedente de observancia obligatoria, y alentar a los operadores judiciales a una consideración amplia del delito de corrupción que, sin afectar el núcleo esencial del principio de legalidad, respete los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano y contribuya a verdadera represión de la corrupción.

Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional

Luis Huerta Guerrero

La corrupción es un grave problema que ha merecido análisis desde diferentes disciplinas, especialmente desde el derecho penal. Sin embargo, es necesario tener una perspectiva mayor, con un enfoque desde la norma suprema del ordenamiento jurídico, la Constitución, a partir de la cual se puedan comprender adecuadamente las novedosas tendencias en materia de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico previsto para luchar contra este flagelo. Un enfoque constitucional, además, permite aplicar la normativa internacional sobre la materia, no solo como una fuente de obligaciones del Estado sino como mandatos que deben emplear los operadores jurídicos al pronunciarse sobre diversas controversias relacionadas con la prevención y sanción de los actos de corrupción. El presente artículo se orienta a proponer algunas ideas para el análisis de la corrupción desde una perspectiva constitucional.

1. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO

Los textos constitucionales abordan diversas materias como el reconocimiento de derechos fundamentales, el régimen económico, la estructura del Estado y los procesos de control constitucional, por citar algunas. Asimismo, es posible identificar en ellos referencias a obligaciones específicas del Estado en torno a determinados temas de especial importancia, que han servido como punto de partida para el análisis e interpretación de las leyes y normativa infralegal, así como para resolver desde un punto de vista estrictamente jurídico problemas que la realidad ofrece de forma permanente. Esta situación se aprecia, por ejemplo, en el caso de las obligaciones previstas en el ámbito constitucional para garantizar los derechos humanos y para combatir el tráfico ilícito de drogas. Similar enfoque corresponde

que se realice en cuanto a la obligación del Estado de luchar contra la corrupción, en la perspectiva de proteger importantes bienes jurídico-constitucionales.

1.1. Obligaciones del Estado en materia de lucha contra el tráfico ilícito de drogas

El artículo 8 de la Constitución de 1993 establece: «El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales». Se trata de una referencia constitucional a uno de los más graves problemas por los que atraviesa el país y la comunidad internacional en su conjunto, que ha merecido una mención expresa en la Constitución, y que ha llevado al reconocimiento de obligaciones específicas del Estado en torno a esta materia. La referencia a la obligación de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas es un mandato constitucional que no puede considerarse una frase sin ninguna repercusión jurídica importante en el ordenamiento jurídico, pues lo contrario sería reconocer que la Constitución puede contemplar normas sin relevancia jurídica.

Por ello, este artículo ha sido invocado por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, para sustentar que tiene competencia para conocer demandas de hábeas corpus presentadas contra sentencias que condenan a determinadas personas por la comisión de estos delitos y que han sido estimadas en el Poder Judicial, a pesar de que el artículo 202, inciso 2 de la Constitución señala que el Tribunal solo conoce fallos desestimatorios. En este sentido, el Tribunal ha habilitado el uso del recurso de agravio constitucional contra las sentencias del Poder Judicial que declaren fundadas demandas de hábeas corpus a favor de personas procesadas por tráfico ilícito de drogas, al cual ha denominado «recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional». Al fundamentar su decisión señaló:

11. [...] independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201 de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiendo que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado Peruano ha asumido en relación

al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general.¹

La especial atención del Estado en materia de lucha contra el tráfico de drogas también se aprecia en el artículo 2, inciso 24, literal f de la Constitución, que regula las reglas que deben observarse para privar a una persona de libertad. Al precisarse los alcances de la duración de la detención por parte de las autoridades policiales establece una regla general de veinticuatro horas, para inmediatamente señalar que dicho plazo no se aplica, entre otros, al delito de tráfico ilícito de drogas, respecto al cual las autoridades policiales tienen hasta quince días para realizar las investigaciones correspondientes, antes de llevar al detenido a las instancias judiciales. En este caso, la obligación del Estado de adoptar medidas contra el tráfico ilícito de drogas sirve de sustento a una excepción del derecho de toda persona privada de libertad a ser trasladada, sin demora, ante una autoridad judicial para que evalúe la legalidad de su detención, prevista en el artículo 7, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2. Obligaciones en materia de derechos humanos

Respecto a los derechos humanos, los Estados tienen que cumplir con las obligaciones de respeto y garantía. Por la primera, se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a estos derechos, mientras que, por la segunda, deben adoptar las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que los afecte. Estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, así como de los propios textos constitucionales.

En el caso peruano, el artículo 44 de la Constitución de 1993 establece como una obligación del Estado «garantizar los derechos humanos». Se trata de una mención general, prevista en un artículo ubicado en una sección del texto constitucional que se revisa poco. Además, aparece mencionada junto con otros «deberes primordiales del Estado» —expresión que usa la propia Constitución— como defender la soberanía nacional, proteger a la población de las amenazas a su seguridad y promover el bienestar general. A pesar de ello, ha sido a partir de este

1 Sentencia 2663-2009-HC (caso Edwin Martínez Moreno), publicada el 17 de agosto de 2010.

artículo que se ha podido precisar el contenido de las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, en concordancia con lo dispuesto en el derecho internacional, en observancia de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Esta labor de precisión ha estado a cargo del Tribunal Constitucional, principalmente por medio de fallos sobre demandas de hábeas corpus presentadas por personas procesadas por graves violaciones de derechos humanos. Como consecuencia de ello, se ha llegado a considerar que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, sin que para tales casos puedan invocarse las disposiciones del Código Penal que regulan la prescripción como institución jurídica. De esta forma, el Tribunal ha asumido la amplia línea jurisprudencial desarrollada sobre este tema por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha dado lugar a que en diversos países se lleven a cabo novedosas interpretaciones sobre el marco legal que regula el plazo que tienen los Estados para perseguir y sancionar un delito.

En el caso de los procesos penales por graves violaciones de los derechos humanos, los tratados ratificados por el Estado peruano han sido también importantes para la interpretación de la legislación penal y procesal penal, ante los vacíos y deficiencias identificados, en concordancia con la disposición constitucional que obliga a los magistrados a no dejar de administrar justicia. El punto de partida para su empleo ha sido el reconocimiento de las obligaciones del Estado en materia de investigación y sanción de tales hechos.

1.3. Obligaciones en materia de lucha contra la corrupción

1.3.1. Obligaciones derivadas de las normas constitucionales

La Constitución de 1993 no contiene una referencia directa al tema de la lucha contra la corrupción como política del Estado, como sí ocurre respecto al tráfico ilícito de drogas o a la obligación de garantizar los derechos humanos.

El tema de la corrupción aparece mencionado en la Constitución de forma indirecta. Una primera aproximación puede realizarse a partir del reconocimiento, en el artículo 2, inciso 5 del derecho de acceso a la información pública, a partir del cual se ha desarrollado un marco legal orientado a la transparencia de la información que se encuentra en poder del Estado, y que ha merecido un importante desarrollo por parte del Tribunal Constitucional por medio de sus pronuncia-

mientos sobre el proceso de hábeas data. Como señala Carbonell, la lucha contra la corrupción y a favor de la transparencia es «como pocas, una tarea en muy buena medida ciudadana».²

Asimismo, y en conexión con el tema de la transparencia, el artículo 40 de la Constitución señala que «es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos». En esta misma línea de transparencia en el desarrollo de la función pública debe citarse el artículo 139, inciso 8, que dispone como un principio de la función jurisdiccional «la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley».

Junto con las normas orientadas a garantizar la transparencia y el acceso a la información pública, la Constitución establece, en su artículo 41, un conjunto de reglas procesales relacionadas con los delitos de corrupción y de aquellos que afectan el patrimonio del Estado. La norma citada dispone:

Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

Las disposiciones normativas citadas permiten afirmar que la lucha contra la corrupción constituye un objetivo que también cuenta con reconocimiento constitucional, en el entendido que los efectos de este flagelo generan un serio perjuicio para el respeto y garantía de valores y bienes jurídico-constitucionales indispensa-

2 CARBONELL, Miguel. *Transparencia, ética pública y combate a la corrupción. Una mirada constitucional*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 59.

bles para la vigencia efectiva de las normas constitucionales y los derechos fundamentales en ella reconocidos. En consecuencia, se trata de un objetivo que deberá ponderarse con otros bienes y derechos que cuentan con reconocimiento constitucional, en la perspectiva de buscar su armonización. Como afirma Landa:

[...] desde el Derecho Constitucional, se hace necesario fundamentar la actuación institucionalizada del Estado en contra de un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado. Es decir, otorgarle finalidades y objetivos específicos a la lucha anticorrupción y sus esfuerzos para prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, planteándose como principal objetivo promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para la erradicación de la impunidad.³

A partir de estas consideraciones es posible afirmar que el problema de la corrupción debe tener un enfoque constitucional, a partir del cual se debe interpretar el marco jurídico interno, especialmente el penal y procesal penal orientado a investigar y sancionar estos actos ilícitos.

1.3.2. Obligaciones derivadas de las normas internacionales

El Estado peruano ha ratificado tratados sobre corrupción, en los cuales se precisan las obligaciones que deben asumirse con relación a este tema. En este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en 1996 y que entró en vigor en 1997, señala en su Preámbulo: «La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos». Por su parte, la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción, aprobada en el 2003 y que entró en vigor en el 2005, dispone en su Preámbulo lo siguiente: «Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la

3 LANDA ARROYO, César. «Tribunal Constitucional y Lucha Anticorrupción». En Edgard Reymundo Mercado (comp.). *Lucha contra la corrupción*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2008, p. 27.

democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley».

En consecuencia, los tratados sobre corrupción reconocen los perjuicios que la corrupción genera en el ejercicio de los derechos fundamentales y en los sistemas democráticos, los cuales constituyen bienes jurídico-constitucionales que deben preservarse, siendo necesario reconocer para ello que existe una obligación del Estado de luchar contra la corrupción

2. TENDENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN MATERIA DE PROCESOS RELACIONADOS CON CASOS DE CORRUPCIÓN

Conforme con la Constitución Política de 1993, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer diversos procesos constitucionales, por medio de los cuales ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre demandas presentadas a favor de personas procesadas por delitos de corrupción, así como sobre normas aprobadas con relación a tales delitos. De estos fallos es posible identificar la posición asumida por esta institución en diferentes etapas.

2.1. Cuando el Tribunal Constitucional se sometió al poder político

El 5 de abril de 1992, el Tribunal Constitucional fue cerrado como consecuencia del golpe de Estado llevado a cabo por el expresidente Alberto Fujimori, hoy en día sentenciado por graves violaciones de los derechos humanos y por delitos de corrupción. El Tribunal volvió a iniciar sus actividades en junio de 1996, pero al año siguiente tres de sus magistrados fueron destituidos arbitrariamente por el Congreso de la República como consecuencia de haber expedido un fallo en el que declaraban inaplicable para Fujimori la ley que lo autorizaba a una nueva reelección presidencial.

A partir de mayo de 1997 y hasta finales del 2000, el Tribunal Constitucional funcionó con solo cuatro magistrados, en un período en el que sus sentencias se caracterizaron por su poca o nula argumentación jurídico-constitucional. La men-

ción a este período obedece a que uno de los magistrados del Tribunal que colaboró con el régimen autoritario del presidente Fujimori fue posteriormente procesado por delitos contra la administración pública, imponiéndosele una reparación civil de S/. 450.000 (cuatrocientos cincuenta mil nuevos soles) a favor del Estado.⁴ Una clara muestra del nivel que alcanzó la corrupción en dicho período.

2.2. Posicionamiento del Tribunal en materia de lucha contra la corrupción

Con el retorno a la democracia a finales del 2000, la reincorporación de los tres magistrados arbitrariamente destituidos en 1997 y la elección en el 2002 de cuatro nuevos integrantes, el Tribunal dio un giro sorprendente. Por primera vez, el Perú contaba con un órgano jurisdiccional cuyas sentencias contenían un análisis sustantivo sobre los derechos fundamentales y la Constitución, algo inédito en nuestro país. Hoy en día, se puede afirmar que el Perú contó, en el período 2002-2007, con un auténtico intérprete de la Constitución, cuyas decisiones podrán ser en la mayoría de casos polémicas y discutibles, lo cual es inevitable, pero que no dejan duda sobre la aplicación de importantes argumentos jurídicos para sustentar una decisión. En relación con este período se ha señalado:

El [Tribunal] ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de gran trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; colocando la linterna donde había oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de *mani puliti* [manos limpias], un exceso de exposición en medios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, han determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones y de sus métodos para obtenerlos resulten seriamente discutibles.

El dato que nos muestra la realidad es que el [Tribunal] ha aumentado su importancia social y política a una velocidad de vértigo, tanto que muy bien

4 La cifra ha sido extraída de la base de datos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre «Funcionarios procesados y sentenciados en contra de la administración pública». Disponible en la página web del Ministerio.

podría ser este ritmo el que le esté impidiendo apreciar con prudencia y humildad su perspectiva histórica. Esta situación, por otro lado, tal vez explique por qué está queriendo ejercer más poder del que le corresponde. Siendo una crisis de crecimiento es, para establecer un paralelismo biológico, una crisis de adolescencia, situación que puede ser la razón por la que, en muchas de sus sentencias [...] pareciera que los jueces del TC, o sus asesores, saben más de lo que comprenden.⁵

Uno de los temas en los cuales se apreció de modo particular la importancia del Tribunal Constitucional fue en los procesos de hábeas corpus iniciados por personas procesadas por delitos de corrupción, que buscaron cuestionar órdenes de detención judicial preventiva, la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocían sus procesos penales, solicitar el acceso a beneficios penitenciarios, etcétera. Estas demandas fueron presentadas principalmente por diversas personas procesadas por delitos de corrupción cometidos durante el Gobierno del expresidente Fujimori.

2.2.1. Juzgados anticorrupción y juez predeterminado por la ley

El Consejo Transitorio del Poder Judicial, mediante la Resolución 024-2001-CT-PJ (publicada el 1 de febrero de 2001), autorizó al presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima a designar seis jueces especializados en lo penal para conocer los procesos iniciados o por iniciarse como consecuencia de las investigaciones relacionadas con las actividades del exasesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres. Asimismo, se autorizó la conformación de una Sala Penal Especial para el conocimiento exclusivo de los procesos atendidos por tales jueces. De esta manera, se crearon los denominados juzgados y Sala Anticorrupción.

Diversas personas procesadas por delitos de corrupción presentaron demandas de hábeas corpus, pues consideraban que la creación de estos órganos judiciales afectaba los siguientes derechos: a) el derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, pues alegaban que los procesaba un «juez especial creado con posterioridad a la comisión de los delitos» y no el «juez penal

5 MONROY GÁLVEZ, Juan. «Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, pp. 158-159.

que se encontraba de turno al momento de la denuncia»; *b*) el derecho a un juez imparcial, pues los jueces anticorrupción fueron designados a solicitud de personas que después iban a investigar a los involucrados en estos delitos; y *c*) el principio de reserva de ley en la determinación de la competencia de los jueces, pues los juzgados y la Sala Anticorrupción fueron creados mediante resolución administrativa.

En el 2003, el Tribunal Constitucional se pronunció en extenso sobre este tema y declaró infundados estos hábeas corpus basándose en los siguientes argumentos:⁶

- a*) Sobre el derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, el Tribunal señaló que este implica lo siguiente:
- Quien juzgue debe ser un juez o un órgano con potestad jurisdiccional, con lo cual se garantiza que nadie sea enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento se realice por comisión o delegación.
 - La asignación de la competencia judicial debe establecerse necesariamente con anterioridad al inicio del proceso, lo que garantiza que nadie pueda ser juzgado por un tribunal ex post facto o ad hoc.
 - Las reglas de competencia deben estar previstas en una ley orgánica, lo que se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139, inciso 3, y 106 de la Constitución, sobre el derecho a tribunal competente y el contenido de las leyes orgánicas, respectivamente.

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal señaló que la creación de los juzgados anticorrupción no constituía una afectación al derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, dado que este no puede entenderse en términos absolutos. Por el contrario, debe interpretarse bajo los alcances del principio de concordancia práctica, que exige determinar el contenido

6 Estos criterios del Tribunal se encuentran en las sentencias 290-02-HC/TC (caso Eduardo Calmell del Solar), 1076-03-HC/TC (caso Luis Bedoya de Vivanco) y 1013-03-HC/TC (caso Héctor Faisal).

de un derecho en coordinación con otros principios o exigencias constitucionalmente relevantes, como la continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional y la prohibición de incoherencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Para el Tribunal, el derecho a la predeterminación del juez por la ley no se refiere a la decisión de crear juzgados o salas especializadas para resolver materias específicas, sino únicamente a la determinación previa de estos órganos como instancias que cuentan con potestad jurisdiccional.

b) Sobre el derecho al juez imparcial, el Tribunal Constitucional señaló que la creación de los juzgados anticorrupción no implicaba una vulneración de este, por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque la creación de los juzgados anticorrupción se realizó a pedido del presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima y no de autoridades o funcionarios que después iban a investigar a las personas procesadas por estos delitos.
- En segundo lugar, porque la creación de los juzgados anticorrupción no se sustentaba en el criterio de la persona que se iba a juzgar, sino en la subespecialización al interior de la justicia penal, la que resultaba necesaria por las particulares exigencias de la investigación de los ilícitos penales de corrupción cometidos durante el Gobierno del expresidente Fujimori. Esta subespecialización era legítima porque los motivos que la justificaban perseguían garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Además, su objetividad estaba fundamentada en consideraciones tales como la naturaleza del delito, la complejidad del asunto y la carga procesal.

c) Sobre la reserva de ley para determinar la competencia de los jueces, el Tribunal señaló que implicaba dos aspectos:

El establecimiento «en abstracto» de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La delimitación de los diferentes niveles jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de «conocimiento litigioso», pues la unidad del Poder Judicial no impide la especialización orgánico-funcional de juzgados y tribunales por razón de la materia.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional consideró que la creación de juzgados y salas subespecializadas en lo penal no estaba sujeta a reserva de ley orgánica, pues el artículo 82, inciso 28 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial competencia para disponer la creación de juzgados y salas cuando así lo requiera una más rápida y eficaz administración de justicia. Esta competencia, en principio discrecional, encuentra sus límites en el propio ordenamiento judicial.

De esta manera, el Tribunal dejó claramente establecido que la competencia asignada a los juzgados y la Sala Anticorrupción era compatible con el derecho al juez natural. Se trató de una decisión particularmente importante, pues el cuestionamiento a la legitimidad de estos órganos jurisdiccionales era uno de los argumentos empleados con mayor frecuencia por las personas acusadas por corrupción en contra de los procesos en los que se encontraban inmersos. En los fundamentos del Tribunal quedaron claramente señaladas las razones que permitieron hacer compatible el derecho al tribunal competente y la potestad jurisdiccional del Estado para investigar en forma adecuada delitos de especial complejidad.

2.2.2. Beneficios penitenciarios

A mediados de enero de 2004, una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció favorablemente respecto a la solicitud de excarcelación presentada por el señor Agustín Mantilla Campos, sentenciado a pena privativa de libertad por el delito de cohecho pasivo, caso relacionado con la red de corrupción que involucró al expresidente Fujimori y al exasesor presidencial Vladimiro Montesinos. Como era de esperarse, tal decisión generó inmediatamente una reacción contraria. Incluso se llegó a plantear la posibilidad de acusar constitucionalmente a los magistrados de la Corte Suprema.

En el aspecto jurídico, los fundamentos de la resolución originaron un debate aparte, pues la aplicación en el tiempo de las leyes sobre beneficios penitenciarios no era un tema resuelto en la legislación, motivo por el cual correspondía a la jurisprudencia precisar los lineamientos que se deben seguirse cuando se origine una controversia sobre la materia.

En una de sus primeras decisiones sobre este tema, el Tribunal Constitucional consideró que una norma (la Ley 24388) debía aplicarse en forma ultraactiva, pues

resultaba más favorable que una norma posterior (la Ley 26230), que prohibía el beneficio penitenciario de semilibertad. En palabras del Tribunal:

[...] si una nueva norma procesal [como la Ley 26230] resultaba menos ventajosa que la ley anterior en lo que respecta a la aplicación del beneficio penitenciario de semilibertad, no puede tener efecto retroactivo, por su carácter evidentemente perjudicial.

Por consiguiente, el emplazado órgano judicial, a efectos de la aplicación temporal de las leyes materia de autos, debió tener en cuenta la aplicación de la ley 24388 para su aplicación ultractiva, por ser más benigna para resolver la petición de semilibertad planteada por el actor.⁷

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal ordenó a la demandada (una Sala Penal Superior de Lambayeque) que dicte una nueva resolución sobre la petición del beneficio de semilibertad del demandante. De la lectura de esta sentencia, se podía llegar a dos conclusiones:

- En primer lugar, el Tribunal no se pronunció sobre el factor o elemento que debía considerarse para determinar el momento de aplicación en el tiempo de una norma sobre beneficios penitenciarios.
- En segundo lugar, determinó la aplicación ultraactiva de una norma por resultar más favorable al sentenciado, amparándose en lo dispuesto en el artículo 139, inciso 11 de la Constitución, según el cual constituye un principio de la función jurisdiccional «la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

En un caso posterior, cuyo asunto principal giraba en torno a la aplicación en el tiempo de una norma procesal penal, el Tribunal varió el criterio relacionado con la aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 139, inciso 11 de la Constitución, y afirmó que solo resulta aplicable en el caso de las normas penales sustantivas, mas no para normas procesales o de ejecución penal; aunque tampoco se pronunció sobre el factor que había que considerar para determinar

7 Sentencia 804-2002-HC/TC (caso Santiago Granda Sotero), publicada el 22 de noviembre de 2002.

el momento de aplicación en el tiempo de una norma sobre beneficios penitenciarios.⁸

Esta era la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta el momento en que se dio a conocer la resolución de la Corte Suprema sobre la solicitud de semilibertad de Agustín Mantilla. Como resulta fácil deducir, cualquier sentencia del Tribunal podía emplearse para sustentar una posición a favor o en contra de la resolución del Poder Judicial. En todo caso, lo que existía eran pronunciamientos sobre la aplicación del principio de favorabilidad, pero no sobre el momento que había que considerar para determinar la aplicación en el tiempo de una norma sobre beneficios penitenciarios.

A poco de emitirse la resolución de la Corte Suprema sobre el caso Mantilla, el Tribunal Constitucional publicó una sentencia cuyo asunto principal era la prolongación en el tiempo de una orden judicial de detención. Al pronunciarse sobre este caso, reiteró su jurisprudencia sobre la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, y restringió sus alcances a las leyes penales sustantivas; pero a la vez se pronunció sobre el tema de la aplicación en el tiempo de las leyes sobre beneficios penitenciarios, señalando que la norma que se ha de aplicar en estos casos es aquella que se encuentra vigente al momento de la presentación de la solicitud respectiva para acceder a dichos beneficios. De manera particular, el Tribunal precisó la aplicación en el tiempo de la Ley 27770, que establece los requisitos para acceder a beneficios penitenciarios en el caso de las personas acusadas de corrupción.⁹ De esta manera, la polémica suscitada por la resolución de la Corte Suprema encontró una respuesta inmediata por parte del Tribunal Constitucional.

Al poco tiempo se publicó otra decisión del Tribunal,¹⁰ cuyo asunto principal sí giraba en torno a la declaración de improcedencia de una solicitud sobre beneficios penitenciarios. Fue en esta sentencia en donde el Tribunal explicó y precisó

8 Cf. Sentencia 1300-2002 (caso Hugo Eyzaguirre Maguiña), publicada el 16 de setiembre de 2003.

9 Cf. Sentencia 2196-2002-HC/TC (caso Carlos Saldaña Saldaña), publicada el 29 de enero de 2004.

10 Cf. Sentencia 1593-2003-HC/TC (caso Dionisio Llarajuna Sare), publicada el 30 de enero de 2004.

con mayor detalle todos aquellos aspectos relacionados con las normas sobre estos beneficios. Sin embargo, se trata de una decisión que no ha estado exenta de críticas.¹¹

2.2.3. Cuestionamiento de detenciones judiciales preventivas

En el período que estamos analizando, diversas personas procesadas por delitos de corrupción acudieron al proceso de hábeas corpus para cuestionar las órdenes judiciales de restricción a la libertad personal, como el arresto domiciliario y la detención preventiva. Al respecto, el Tribunal mantuvo su tendencia por verificar si las resoluciones judiciales cuestionadas analizaban la existencia del peligro procesal, a fin de evaluar si la conducta del procesado no interfería u obstaculizaba la investigación judicial o si no implicaba evadir la acción de la justicia. Como línea jurisprudencial, señaló que estos aspectos «deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada».¹²

Es importante señalar que cuando el Tribunal comprueba que en las resoluciones judiciales que ordenan una medida limitativa de la libertad individual no existe motivación suficiente sobre si existió o no peligro procesal, no necesariamente deja sin efectos dicha medida sino que ordena, en vías de subsanación, que el órgano judicial emplazado corrija la deficiencia y dicte una nueva resolución suficientemente motivada.¹³ Surge al respecto la duda sobre si una medida más garantista de la libertad personal no sería acaso dejar sin efecto la medida cautelar. Sin embargo, es probable que esta decisión no se adoptase debido a la sensación de impunidad que se hubiese producido si se dejaba en libertad a la persona procesada.

11 Cf. *Actualidad Jurídica*, t. 123, febrero de 2004. En esta edición se publicaron diferentes artículos sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de beneficios penitenciarios.

12 Resolución 1753-2003-HC/TC (caso José Dellepiani Massa), publicada el 24 de febrero de 2004, fundamento 5.

13 Cf. Resolución 1753-2003-HC/TC (caso José Dellepiani Massa), publicada el 24 de febrero de 2004, fundamento 6.

La lucha contra la corrupción requiere que se respete el debido proceso y la libertad personal de las personas procesadas penalmente. Al Tribunal le corresponde garantizar, dentro de las competencias que le han sido asignadas por la Constitución, que en la justicia ordinaria se cumpla con la observancia de ambos derechos. Esto es lo que ha venido ocurriendo en nuestro país, en donde el juzgamiento de las personas acusadas de corrupción se lleva a cabo respetando la Constitución y de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos. Esto último evita un posible cuestionamiento de estos procesos ante instancias internacionales por violación de estos derechos, que posteriormente pueda originar la responsabilidad internacional del Estado peruano.

Prueba de ello lo constituye la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la petición presentada a favor de Luis Bedoya de Vivanco, en la cual se alegaba que el Estado peruano había vulnerado sus derechos a la integridad personal, libertad, garantías judiciales, principio de legalidad, igualdad y los derechos políticos, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como consecuencia del proceso penal seguido en su contra y la posterior sentencia condenatoria por el delito de peculado, mediante la cual se le impuso pena privativa de la libertad de cinco años y el pago de US\$ 25.000 (veinticinco mil dólares) a favor del fisco nacional. La Comisión declaró inadmisibles esta petición, entre otros motivos, porque consideró que:

[...] el peticionario tuvo la oportunidad de ejercer sus derechos judicialmente en las diversas instancias a las que acudió y que el hecho de existir una sentencia desfavorable no implica en modo alguno una violación de los derechos consagrados en la Convención. La Comisión no encuentra elementos de juicio que permitan afirmar que ha existido arbitrariedad en el procedimiento judicial sino una simple disconformidad con la calificación jurídica. En efecto, los fallos dictados en las diferentes instancias en el transcurso del proceso contienen un análisis razonado de los hechos así como fundamentos jurídicos reflejo de una interpretación igualmente razonable de las normas penales pertinentes.¹⁴

14 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe 45/04 (Petición 369/2001, Inadmisibilidad, Luis Bedoya de Vivanco), del 13 de octubre de 2004, párrafo 43.

Sobre la libertad física, la Comisión precisó que este derecho no fue afectado pues el peticionante presentó ante el Tribunal Constitucional una demanda de hábeas corpus para cuestionar la medida de detención preventiva dictada en su contra, la cual fue resuelta satisfactoriamente por este órgano constitucional al modificarla por una medida de comparecencia.¹⁵

Decisiones de este tipo demuestran que en el ámbito interno los procesos seguidos contra las personas acusadas por corrupción se llevaron a cabo con pleno respeto de los derechos fundamentales. Frente situaciones que los acusados consideraban lesivas de sus derechos, llegaron ante al Tribunal Constitucional, que estableció importantes criterios que fueron observados por la judicatura ordinaria, a la que se ordenó de modo especial justificar toda medida restrictiva de la libertad dictada en contra de los procesados. Algunos de estos fallos pudieron ser en su momento polémicos, lo que no es ajeno a ninguna resolución judicial, pero bajo ninguna circunstancia considerados arbitrarios, por las razones expuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Desde el 2001, las instituciones afectadas por el Gobierno autoritario —como el Poder Judicial y el Ministerio Público— recobraron de forma progresiva su independencia e iniciaron el lento proceso orientado a su modernización, con miras a una pronta y correcta administración de justicia en el país, lo cual hasta la fecha no se consigue. Sin embargo, dentro de este escenario que constituye el patrón de normalidad de nuestro sistema de administración de justicia, los fallos del Tribunal Constitucional sirvieron de pauta para el desarrollo de los procesos por corrupción. A partir del 2006, la labor del Tribunal respecto a estos temas sería menor, por cuanto ya había cumplido con su tarea de establecer lineamientos constitucionales claros sobre la materia. Sin embargo, esta tendencia empezaría a cambiar a partir del 2008.

15 Cf. Sentencia del expediente 0139-2002-HC/TC, publicada el 5 de febrero de 2002. En esta decisión, el Tribunal ordenó la excarcelación de Luis Bedoya de Vivanco debido a la vulneración del debido proceso, aunque aclaró que las autoridades judiciales podían adoptar las medidas procesales pertinentes para asegurar su presencia en el proceso. Afortunadamente, esta posición del Tribunal no fue la regla en los siguientes casos similares que subieron a su conocimiento.

2.3. Expedición de fallos polémicos respecto a personas procesadas por corrupción

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha atravesado por una seria crisis. El exmagistrado César Landa Arroyo sintetiza de esta forma lo ocurrido:

[...] en los últimos tiempos se vienen emitiendo algunas sentencias que van a contramarcha de los principios que el Tribunal Constitucional estableció en la transición democrática a partir del año 2002, en particular en la lucha contra la impunidad de los violadores de derechos humanos, la corrupción y el narcotráfico; por cuanto, se han ido dictando sentencias contrarias a la mayoría de esos clivajes, como en el caso El Frontón, Wolfenson, Jaililie, Chacón, Abanto Verástegui, Transporte Flores, Leche Gloria, Jockey Club, Cementos Lima, entre otros.

Eso pone en evidencia que el control constitucional, entendido como límite al poder y tutela de derechos fundamentales, debe apelar a un Derecho Procesal Constitucional remozado sobre nuevos elementos, nuevas valoraciones, que permita afrontar la ciudadanía frente a la actual conducción del Tribunal Constitucional: A fin de retomar los valores de la defensa de los derechos fundamentales y del control del ejercicio del poder, pero también de la incorruptibilidad, sin la cual no puede existir justicia constitucional democrática.¹⁶

Una muestra de esta tendencia del Tribunal en un sentido contrario a los fines u objetivos constitucionales se aprecia en casos particularmente polémicos, como Wolfenson, Jaililie y Chacón, que a continuación reseñamos y comentamos.

Con fecha 6 de agosto de 2007, se interpuso una demanda de hábeas corpus a favor del señor Moisés Wolfenson Woloch, a fin de que se ordene su excarcelación por haber cumplido en exceso su condena por el delito de peculado, consistente en cuatro años de pena privativa de la libertad impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Un primer punto que llamó la atención fue que la demanda se interpusiera ante un juzgado de Huaral, cuando ninguno de los actos

16 LANDA ARROYO, César. «Derecho procesal constitucional». Cuaderno de Trabajo n.º 20. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 42.

relacionados con la privación del señor Wolfenson se llevó a cabo en dicha ciudad. En cuanto al tema de fondo, el Tribunal consideró que en efecto se había cumplido en exceso la condena, y ordenó en consecuencia la libertad del sentenciado. El fallo, dado a conocer en marzo de 2008, estuvo únicamente suscrito por cinco magistrados.¹⁷ En el voto singular de los magistrados Landa y Beaumont se aprecia la tendencia minoritaria en el Tribunal por evitar la expedición de un fallo que favoreciese a las personas condenadas por el delito de corrupción:

22. En el presente caso el favorecido estuvo, como él mismo lo afirma, bajo arresto domiciliario entre el 24 de mayo de 2002 hasta el 26 de enero de 2005. Sin embargo, fue sentenciado por la comisión del delito de peculado a cuatro años de pena privativa de la libertad y al pago de tres millones de nuevos soles como reparación civil. De acuerdo con lo que obra en el expediente (folio 31) el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se inició el 26 de enero de 2005 y finalizará el 25 de enero de 2009. Al existir una sentencia condenatoria dictada dentro de un proceso penal en el cual se ha respetado el debido proceso y que el demandante no ha cuestionado en el presente proceso constitucional, no se puede concluir que la restricción del derecho fundamental a la libertad personal sea inconstitucional en el presente caso.

23. Sin embargo, para estimar la demanda, la sentencia en mayoría (fundamento jurídico 14) realiza, en primer lugar, un análisis que solo le corresponde al juez penal ordinario, como es el cómputo de la pena, más aún si existe sentencia condenatoria en contra del demandante y sin que se considere si este ha cumplido o no con pagar la reparación civil correspondiente.

Como era de esperarse, la sentencia del Tribunal fue sumamente criticada, y fue así que empezó un período en el que se procedía de una manera distinta en la resolución de las controversias relacionadas con personas procesadas o condenadas por corrupción. Ese nuevo período estuvo caracterizado por fallos con una motivación insuficiente y defectuosa.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional 6201-2007-HC/TC, publicada el 19 de marzo de 2008 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Eto Cruz, Calle Hayen y Álvarez Miranda. Los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos suscribieron juntos un voto singular.

La nueva tendencia del Tribunal, que resultaba favorable para las personas procesadas por corrupción, se confirmó con la sentencia del caso Alfredo Jalilie Awapara, procesado por la presunta comisión del delito de peculado. Esta persona fue favorecida por la gracia presidencial, aprobada mediante Resolución Suprema 097-2006-JUS, del 14 de junio de 2006, y expedida al amparo de la facultad del presidente de la República prevista en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución.¹⁸ Sin embargo, la Sala que conocía el proceso penal declaró inaplicable la mencionada resolución suprema, ante lo cual el señor Jalilie presentó un hábeas corpus, el cual fue declarado fundado en primera instancia, decisión que fue revocada por la Sala. Finalmente, el caso llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional, que reconoció que la resolución por medio de la cual se concedió la gracia presidencial carecía de motivación, pero aún así se pronunció a favor de la demanda. Los siguientes argumentos de la sentencia dejan en claro la contradicción en la que incurre el propio Tribunal:

31. Si bien se advierte que la resolución suprema inaplicada carece de motivación, aspecto que fue determinante para que la sala emplazada decida inaplicar el derecho de gracia concedido, este Tribunal considera que habiéndose dilucidado la ausencia de arbitrariedad del acto mediante el cual se decreta la referida gracia presidencial, toda vez que es respetuoso de sus límites materiales y formales derivados de la Constitución, la falta de motivación no invalida la resolución adoptada.

32. Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado.¹⁹

18 Este artículo señala que es una atribución del presidente de la República: «21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria».

19 Sentencia del Tribunal Constitucional 4053-2007-PHC/TC (caso Alfredo Jalilie Awapara), publicada el 28 de febrero de 2008 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda. Los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos suscribieron juntos un voto singular.

Esta contradicción en el argumento del Tribunal fue advertida por los magistrados Landa y Beaumont, quienes emitieron un voto singular respecto al caso, en el cual precisaron:

31. Al respecto, en el fundamento 31 de la sentencia se incurre en una antinomia. En efecto, en el fundamento 26 de la sentencia se reconoce como límite material de la gracia presidencial al principio-derecho de igualdad, sin embargo en el fundamento 31 se concluye que la falta de motivación «no invalida la resolución adoptada», para más adelante, en el fundamento 32, señalar que en casos futuros «tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado». ¿Cómo puede concluirse que la resolución suprema inaplicada no es discriminatoria si están ausentes las razones objetivas que la justifican? [...]

Otro de los casos polémicos de este período ha sido la sentencia impuesta al señor Walter Chacón, procesado penalmente por el delito de enriquecimiento ilícito, cometido durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori. El respectivo proceso penal había sufrido una demora considerable, como el propio Tribunal lo reconoce en su fallo:

30. En cuanto a la complejidad del proceso, conforme consta de la copia del auto de apertura de instrucción, a fojas 24, así como del auto de enjuiciamiento, a fojas 138, se trata de un proceso con un gran número de imputados, lo que conforme a lo aseverado en el informe (a fojas 488 y siguientes) elaborado por la presidenta de la Sala Penal emplazada, doña Inés Villa Bonilla, quien reconoce que han llegado a sumar 35 imputados. Al respecto, dicha cantidad de procesados es en definitiva un aspecto que incide en gran medida en la complejidad del proceso. Sin embargo, resulta pertinente hacer referencia al hecho de que con la finalidad de darle mayor celeridad a la tramitación del proceso, mediante resolución de fecha 5 de febrero de 2007, se dispuso la desacumulación del proceso en dos (el N.º 004-2001 y el 13-2007). Asimismo, se produjo una segunda desacumulación del proceso N.º 004-2001, mediante resolución de fecha 15 de septiembre de 2008, en otros tres procesos distintos: 004-2001, 84-2008 y 85-2008. De modo tal que finalmente en el proceso N.º 004-2001 habrían quedado comprendidos además del recurrente, otras cuatro personas [...]

31. Más allá del loable esfuerzo de la judicatura por desacumular procesos en aras de la celeridad procesal, de modo tal que actualmente el proceso seguido contra el recurrente tiene solo cinco procesados, dicha desacumulación pone de manifiesto que por la naturaleza de las imputaciones ventiladas en el proceso seguido contra el recurrente era posible seguir varios procesos distintos con menos imputados, lo que en definitiva haría menos complejo el proceso penal. Sin embargo, que siendo ello posible, llama la atención que la referida desacumulación se haya dado recién a partir del año 2007, cuando el proceso penal tenía ya seis años de iniciado. De modo tal que es posible advertir que en el presente caso, la gran cantidad de imputados, elemento que incidió en gran medida en la complejidad del proceso, en realidad constituye una imputable al propio órgano jurisdiccional.²⁰

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal identificó que se había producido una afectación del derecho al plazo razonable de duración de un proceso, reconocido como una garantía del debido proceso. Sin embargo, lo sorprendente fue el mandato ordenado para tutelar este derecho, el cual no consistió en otorgar al órgano jurisdiccional un plazo para la resolución de la controversia, sino en la exclusión del señor Chacón del proceso que se le seguía. Se trató de una decisión inédita, que confirmó la opción asumida por el Tribunal, o al menos por algunos magistrados, de dejar de lado los fundamentos constitucionales que sustentan la lucha contra la corrupción. De más está decir que, al igual que en los casos Wolfesson y Chacón, en esta decisión no existió referencia alguna a los tratados sobre corrupción ratificados por el Estado peruano.

La percepción de un Tribunal que se ha alejado de sus posiciones iniciales en torno a la importancia de la justicia constitucional para la lucha contra la corrupción debería variar a futuro, lo cual solo depende de la posición que asuman los nuevos magistrados que se incorporen a la institución.

20 Sentencia del Tribunal Constitucional 3509-2009-PHC/TC (caso Walter Chacón Málaga), publicada el 25 de noviembre de 2009 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz.

3. LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL PENAL: ANÁLISIS DESDE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Al inicio de este trabajo hemos señalado que la lucha contra la corrupción constituye una obligación del Estado, que se deriva de las normas constitucionales y de los tratados ratificados por el Perú. Respecto a estos últimos se debe considerar, asimismo, que conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados en vigor forman parte del derecho nacional, lo cual implica darle un valor jurídico a sus disposiciones, no pudiendo considerarlas simples normas de carácter declarativo o sin aplicación jurídica concreta en el ámbito nacional.

La utilidad de los tratados en materia de corrupción, desde un punto de vista constitucional, puede concretarse de dos formas. Por un lado, sirven como parámetro de referencia para analizar la constitucionalidad de las normas legales, lo que no implica otorgarles rango constitucional sino incorporarlos en el conjunto de normas que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad, dado que desarrollan la obligación constitucional de luchar contra la corrupción, a partir de lo cual pueda analizarse la compatibilidad con la Constitución de determinadas normas que, en un determinado sentido interpretativo, puedan resultar contrarias a la mencionada obligación. Por otra parte, los tratados sirven como parámetro para precisar el contenido de las normas de índole penal y procesal penal, en el marco de un proceso de integración normativa. A continuación, desarrollaremos estos temas a partir de casos concretos resueltos por el Tribunal Constitucional.

3.1. Análisis de constitucionalidad de normas jurídicas

Mediante la Ley 28568, publicada el 3 de julio de 2005 en el diario oficial *El Peruano*, el Congreso de la República modificó el artículo 47 del Código Penal, con el siguiente texto:

Artículo 47: El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.

Esta modificación contemplaba la aplicación de la fórmula conocida como el «1 por 1» para el cómputo del plazo de detención efectiva como consecuencia de una sanción penal. Ante el rechazo ciudadano a la norma, que se percibió como un intento por facilitar la rápida excarcelación de las personas procesadas por los delitos de corrupción, un grupo de congresistas presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28568, la cual —a su vez— fue derogada rápidamente por el propio Congreso de la República, mediante la Ley 28577, publicada el 9 de julio de 2005, a fin de retornarse al sistema de cómputo previo.

A pesar de esta derogación, el Tribunal Constitucional decidió no declarar la susstracción de la materia sino pronunciarse sobre la norma impugnada, considerándola contraria a la Constitución. Así ocurrió mediante la sentencia 19-2005-PI, publicada el 22 de julio de 2005 en el diario oficial *El Peruano*. Con esta decisión, el Tribunal buscó dar en su momento un importante mensaje al país, cual era emitir una sentencia en la que se dejara en claro que frente a la intención del legislador de emitir normas que pudiesen favorecer a las personas procesadas o condenadas por actos de corrupción también era posible realizar un control constitucional. Estamos haciendo referencia, por cierto, a un momento de especial reconocimiento del Tribunal Constitucional peruano como actor esencial en el proceso de transición democrática y política, al que hicimos referencia en la sección anterior de este trabajo.

Aquí interesa hacer mención a los fundamentos del Tribunal relacionados con la obligación constitucional de luchar contra la corrupción, interpretada conforme con los tratados sobre la materia ratificados por el Estado peruano. En este sentido señaló:

47. [...] Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997, «[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; [...] la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de

las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; [...]».

Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental.

De esta manera, la invocación a los bienes jurídicos que sustentan la lucha contra la corrupción, mencionadas en el Preámbulo del texto de la Convención de Naciones Unidas, y que también constituyen bienes jurídico-constitucionales, formó parte de los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 28568.

3.2. Análisis de tipos penales

3.2.1. Falta de criminalización de determinadas conductas

Con relación a este tema, se puede mencionar la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de la nación contra la Ley 29703, por medio de la cual se modificó el artículo 400 del Código Penal, que regula el tráfico de influencias. La norma impugnada definía el mencionado delito de la siguiente manera: «El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público». Para la parte demandante, mediante la modificación efectuada por la ley impugnada se eliminaba toda referencia al tráfico de influencia aparente, y se mantenía la sanción penal únicamente para aquellos casos en que fueran reales.

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, el único argumento formulado contra esta norma se sustentaba en el artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el cual dispone que el tráfico de influencias puede ser real o supuesto:

Artículo 18

Tráfico de influencias

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Para el Tribunal, este único argumento expuesto por la parte demandante resultaba insuficiente para analizar la constitucionalidad de la norma impugnada, por lo que reiteró que en los procesos de inconstitucionalidad la carga de los argumentos corresponde a la parte demandante. En este sentido señaló:

[...] es doctrina consolidada de este Tribunal la exigencia a cargo de cualquiera de los sujetos legitimados en el proceso de inconstitucionalidad, de que al impugnar una norma con rango de ley, se identifique la disposición o las disposiciones de la Constitución que habrían resultado infringidas así como ofrecer los argumentos jurídico-constitucionales por los que se debería expulsar la norma impugnada del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se ha afirmado que «cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no solo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar» (STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 115).

De lo expuesto se concluye que el Tribunal, en un inicio, no aceptó como único argumento para analizar la constitucionalidad de una norma penal sobre delitos de corrupción la referencia a una discrepancia entre la norma impugnada y lo dispuesto en un tratado sobre corrupción ratificado por el Estado peruano.

A pesar de ello, el Tribunal reconoce que una norma penal puede ser contraria a la Constitución, no solo cuando constituye una intervención excesiva en los derechos de la persona, sino también cuando se produce lo que califica como una «infrapenalización de los delitos o una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueron afectados» (fundamento 35 de la sentencia). Sin embargo, reconoce que respecto a este tema es el legislador el llamado, en primer lugar, a tomar una decisión sobre las conductas que deben merecer sanción penal, no siendo suficiente invocar cualquier bien jurídico-constitucional para sustentar que la no penalización de una determinada conducta —como el tráfico de influencias aparente— resulta contraria a la Constitución. Precisamente, lo que el Tribunal cuestionó a la parte demandante fue que no presentó mayores argumentos al respecto, limitándose a invocar una contradicción entre la norma impugnada y la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción.

Sin embargo, el Tribunal procedió a contrastar ambas normas y llegó a la conclusión de que el tratado de Naciones Unidas sobre Corrupción obliga al Estado peruano a «considerar la posibilidad» de tipificar como delito el tráfico de influencias real y aparente, lo cual constituye una obligación de menor intensidad en comparación con otras disposiciones del tratado que sí lo obligan a adoptar determinados tipos penales, como el soborno de funcionarios públicos extranjeros (artículo 16), la desviación de bienes (artículo 17) y el blanqueo del producto del dinero (artículo 23). En este sentido, para el Tribunal no existe una obligación del Estado peruano de prever como delito el tráfico de influencias aparente, afirmación que no le correspondía llevar a cabo, por cuanto el propio Tribunal había afirmado que los argumentos relacionados con la inconstitucionalidad de la norma impugnada, relacionados con la sola invocación del tratado, no resultaban suficientes para realizar un análisis de constitucionalidad. Las dudas en torno a este aumentan cuando afirma lo siguiente:

[...] en el presente caso se ha analizado la constitucionalidad de la despenalización de los actos de tráfico de influencias irreales, no habiéndose encontrado disconformidad con la norma constitucional. Sin embargo, de ello no se puede inferir de manera mecánica que el legislador esté prohibido de

incorporarlo nuevamente al ordenamiento jurídico. Ello supondría un nuevo juicio de constitucionalidad sobre su criminalización, aspecto que no ha sido materia de demanda de inconstitucionalidad.

En este sentido, no queda clara la posición del Tribunal, pues en un primer momento afirmó que no bastaba invocar la discrepancia entre una norma del Código Penal y lo dispuesto en un tratado sobre corrupción para analizar si la primera resultaba inconstitucional, para finalmente señalar que la omisión del legislador de sancionar el tráfico de influencias simulado o aparente no resultaba inconstitucional porque del tratado de Naciones Unidas no se deduce una obligación al Estado peruano de tipificar penalmente dicha conducta.

3.2.2. Daño o perjuicio patrimonial al Estado

El artículo 3, inciso 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción señala lo siguiente: «Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado». Esta norma refleja la tendencia a favor de sancionar las conductas que implican actos de corrupción sin que ello se encuentre condicionado a la demostración de haberse ocasionado un perjuicio patrimonial al Estado.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tema a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de la nación contra la Ley 29703, por medio de la cual se modificó el artículo 384 del Código Penal, que regula el tipo penal de colusión, con el siguiente texto:

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

A diferencia de la controversia jurídica sobre el tráfico de influencias aparente, aquí el Tribunal no precisa si los argumentos de la parte demandante resultaban suficientes para analizar la constitucionalidad de la norma impugnada. En todo caso, dado que en la sección sobre los antecedentes de la demanda se señala que el

fiscal de la nación sustentaba esta en los tratados sobre corrupción ratificados por el Estado peruano, puede deducirse que este fue el parámetro de control empleado por el Tribunal para analizar la constitucionalidad de la norma impugnada, lo que de alguna forma se ve confirmado con el siguiente fundamento de la sentencia, en el cual se señala:

29. Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término «patrimonialmente» puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para «Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado».

Sobre la base de esta consideración, el Tribunal declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la modificación del Código Penal que incluía el criterio del perjuicio patrimonial como un elemento para tipificar el delito de colusión.

3.3. Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción

La persecución penal por parte del Estado es uno de los temas más tratados en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Dado los problemas estructurales por los que atraviesan los sistemas de administración de justicia, muchas veces estos delitos llegan a prescribir. Ante tal situación, una de las medidas previstas a nivel internacional lo constituye la necesidad de establecer plazos más amplios de prescripción con relación a los casos de corrupción. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas dispone lo siguiente en su artículo 29:

Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

En la Constitución de 1993, el artículo 41 dispone que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, habiendo sido esta norma entendida como aplicable a los delitos sobre corrupción. Con relación a la institución de la prescripción, el Tribunal Constitucional ha señalado:

[La prescripción] se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41, como en el artículo 139, inciso 13), de la Constitución. El primero prevé que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado; el segundo, que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de la cosa juzgada. Bajo el Canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción, se puede señalar que, en general, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado [...] En concordancia con la Constitución, el Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal.²¹

En atención a los serios problemas ocurridos en el país respecto a casos de corrupción y la ausencia muchas veces de una investigación y sanción efectiva por tales hechos, se han presentado propuestas de reforma constitucional orientadas a establecer una medida mucho más drástica, cual es la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. En el período legislativo 2006-2011 se presentaron diversos proyectos al respecto pero no fueron objeto de dictamen a nivel de comisiones.²²

El cambio de Gobierno en el 2011 trajo consigo un nuevo debate sobre el tema, dado que fue una de las propuestas planteadas durante la campaña electoral. En este sentido, se presentaron diferentes proyectos orientados a modificar el artículo

21 Sentencia 7451- 2005-HC/TC, publicada el 5 de julio de 2006.

22 Se pueden revisar al respecto los proyectos 574/2006-CR, 953/2006-CR, 1082/2006-CR, 1567/2007-CR, 1954/2007-CR, 2400/2007-CR, 2415/2007-CR y 3711/2009-CR.

41 de la Constitución. Hasta la finalización del presente artículo no se habían alcanzado los votos necesarios en el Pleno del Congreso de la República para la aprobación de la reforma constitucional. Sin embargo, es interesante dar cuenta de la fórmula que fuera aprobada por la Comisión de Constitución y Reglamento, en la cual se plantea como modificación constitucional lo siguiente: «Los delitos graves contra el patrimonio del Estado así como los delitos graves de corrupción de funcionarios señalados por ley son imprescriptibles».²³

Durante el debate de esta propuesta, en el Pleno del Congreso, se plantearon interesantes argumentos a favor y en contra. En este sentido, hubo congresistas que plantearon, antes que una reforma constitucional, una modificación del Código Penal, con miras a que los plazos de prescripción de los delitos de corrupción sean más amplios. En este sentido, el congresista Javier Bedoya de Vivanco señaló:

Por eso, señor Presidente, somos de la opinión que compartiendo con las otras bancadas, —que han hecho el uso de la palabra en el curso de la mañana y en torno a este debate— compartiendo el fondo del tema, la intención de perseguir el delito y la corrupción, y hacer que los corruptos no se las vean fáciles con el transcurso del tiempo, y elevar los plazos de prescripción casi, casi a la extensión de más de una vida, —considerando el término normal de una vida 30 años— o sea extender los plazos de prescripción a 40 ó 45 años, cumple y alcanza perfectamente el cometido que estamos buscando, sin necesidad de ir a la modificación constitucional y sin equiparar esta persecución a la corrupción con los delitos que internacionalmente son los que han merecido que se les declare imprescriptible y que, repito, son delitos contra lesa humanidad y genocidio y crímenes de guerra.²⁴

Si bien la propuesta de reforma constitucional no ha sido hasta el momento aprobada, del debate respectivo pueden plantearse algunos temas de interés. En primer lugar, si bien los tratados sobre corrupción no establecen la obligación de los

23 Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, del 4 de octubre de 2011, recaído en los proyectos de ley 79/2011-CR, 134/2011-CR, 150/2011-CR y 151/2011-CR, p. 23.

24 Diario de debates del Congreso de la República. Sesión del 10 de noviembre de 2011, pp. 82-83. Disponible en la página web del Congreso de la República del Perú.

Estados de establecer que estos delitos sean imprescriptibles, sí existe la obligación de establecer plazos de prescripción amplios. Si bien el actual artículo 41 de la Constitución señala que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, hemos señalado que los delitos de corrupción no necesariamente implican una afectación de carácter patrimonial, y que el citado artículo se refiere de modo general a un conjunto de delitos, sin mencionarse de forma expresa a los vinculados con casos de corrupción. En atención a esta situación, la reforma constitucional resulta necesaria para evitar dudas con relación a este tema. Sin embargo, el debate se genera cuando se plantea como alternativa reconocer constitucionalmente la imprescriptibilidad.

Respecto a este tema, se puede realizar un paralelo con lo que ocurre con la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de los derechos humanos. Dado que uno de los problemas más frecuentes en materia de judicialización de estos casos se presenta cuando el inicio o desarrollo de los procesos penales se demoran en el tiempo y dan lugar a la culminación de las correspondientes investigaciones por medio de la aplicación de la institución de la prescripción penal, se ha establecido como una norma en el derecho internacional que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles. Una muestra de ello lo constituye la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada en 1969 por Naciones Unidas.

Sin embargo, el reconocimiento de la imprescriptibilidad de las graves violaciones de los derechos humanos no es algo que se reconozca de forma unánime al interior de los Estados, que por lo general en su legislación penal y procesal penal no consagran una regla de este tipo. Muestra de ello son los diversos cuestionamientos que se han presentado en diferentes países contra la posibilidad de que no exista un límite a la potestad del Estado de investigar y sancionar penalmente estos graves delitos, a pesar de que instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado por considerar que carece de eficacia cualquier mecanismo —como por ejemplo la prescripción— que tenga por finalidad impedir que las autoridades jurisdiccionales del Estado se pronuncien sobre casos de genocidio, desaparición forzada de personas, torturas, entre otros crímenes contra la humanidad.

La Corte Constitucional de Colombia tuvo oportunidad de pronunciarse específicamente sobre este tema, a partir del análisis de si la imprescriptibilidad de la acción penal resultaba un medio adecuado para lograr los fines propuestos (garan-

tizar la justicia y el derecho a la verdad) y si estos no se pueden satisfacer mediante mecanismos que afecten en menor medida los derechos de las personas inculpadas. En este sentido, apeló a las técnicas de la ponderación y al test de proporcionalidad para la resolución de esta controversia. Luego de efectuar su análisis concluyó lo siguiente:

[...] frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas.²⁵

A partir de esta decisión, la Corte Constitucional de Colombia estableció que el legislador se encuentra facultado para establecer normas internas que reconozcan la imprescriptibilidad de los delitos de desaparición forzada, opción que entendemos también corresponde aplicarse a los otros delitos que configuran una grave violación de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, la decisión sobre la imprescriptibilidad de determinados delitos puede analizarse a partir de la ponderación. En este sentido, corresponde determinar si la finalidad de la lucha contra la corrupción llega a ser de un nivel altamente exigible que implique dejar de lado la garantía de la prescripción como un mecanismo de defensa de la persona ante la persecución penal del Estado. A nuestra consideración, respecto a la lucha contra la corrupción no se presenta la misma situación de gravedad que en torno a las graves violaciones de los derechos humanos, por lo que en aquellos casos de graves actos de corrupción una opción más razonable sería establecer plazos más amplios de prescripción, tal como se propuso en su momento en el debate en el Congreso de la República.

25 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-580/02, del 31 de julio de 2002. Revisión de oficio de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

4. REFLEXIONES FINALES

La Constitución de 1993 no contiene una referencia directa al tema de la lucha contra la corrupción como política del Estado, como sí ocurre respecto al tráfico ilícito de drogas o la obligación de garantizar los derechos humanos. Sin perjuicio de ello, es posible afirmar que la lucha contra la corrupción constituye un objetivo que también cuenta con reconocimiento constitucional, en el entendido que los efectos de este flagelo generan un serio perjuicio para el respeto y garantía de valores y bienes jurídico-constitucionales indispensables para la vigencia efectiva de las normas constitucionales y los derechos fundamentales en ella reconocidos. En consecuencia, se trata de un objetivo que deberá ponderarse con otros bienes y derechos que cuentan con reconocimiento constitucional, en la perspectiva de buscar su armonización. Esta interpretación se ve fortalecida a partir de lo dispuesto en los tratados sobre corrupción ratificados por el Estado peruano, que reconocen los perjuicios que la corrupción genera en el ejercicio de los derechos fundamentales y en los sistemas democráticos.

En este sentido, la lucha contra la corrupción constituye una obligación del Estado, que se deriva de las normas constitucionales y de los tratados ratificados por el Perú. Respecto a estos últimos se debe considerar, asimismo, que conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados en vigor forman parte del derecho nacional, lo cual implica darle un valor jurídico a sus disposiciones, no pudiendo considerárseles normas de carácter declarativo o sin aplicación jurídica concreta en el ámbito nacional.

La utilidad de los tratados en materia de corrupción, desde un punto de vista constitucional, puede concretarse de dos formas. Por un lado, sirven como parámetro de referencia para analizar la constitucionalidad de las normas legales, lo que no implica otorgarles rango constitucional sino incorporarlos en el conjunto de normas que forman parte del denominado «bloque de constitucionalidad», dado que desarrollan la obligación constitucional de luchar contra la corrupción, a partir de lo cual pueda analizarse la compatibilidad con la Constitución de determinadas normas, como ocurrió en el caso de la Ley 28568, que estableció la regla del «1 por 1» para el cómputo del plazo de detención efectiva como consecuencia de una sanción penal y que fue expulsada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, los tratados también sirven como parámetro para precisar el contenido de las normas de índole penal y procesal penal, en el marco de un proceso de integración normativa, como ocurrió en la sentencia del Tribunal sobre la no criminalización del tráfico de influencias aparente o sobre la ausencia del daño o perjuicio patrimonial al Estado para calificar un acto como delito de corrupción. Similar empleo de tales tratados debe estar presente en el debate sobre la reforma constitucional para declarar la imprescriptibilidad de los graves delitos de corrupción.

Colaboradores

Renata Bregaglio Lazarte

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derechos Humanos por la misma casa de estudios. Magíster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP. Coordinadora del Área Académica del IDEHPUCP.

José Antonio Caro John

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Comparado y doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Fundador del Estudio Caro John & Chocano Abogados.

Rafael Chanjan Documet

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Alumno de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Granada (España). Adjunto de docencia del curso Temas de Derecho Penal de la PUCP.

Erick Guimaray Mori

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumno de la Maestría de Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad en la Universidad de Cádiz (España). Adjunto de docencia del curso Seminario de Derecho Penal y Procesal Penal de la PUCP.

Luis Huerta Guerrero

Abogado y magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Maestría en Derecho Constitucional en la misma casa de estudios.

Yvan Montoya Vivanco

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP. Coordinador del Proyecto «Anticorrupción» del IDEHPUCP.

Yvana Novoa Curich

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de docencia del curso Derecho Penal 1 en la misma casa de estudios. Asistente 1 del proyecto «Anticorrupción» del IDEHPUCP.

Raúl Pariona Arana

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster y doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania). Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado del Estudio Benites Forno & Ugaz.

Julio Rodríguez Vásquez

Alumno de décimo primer ciclo de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de docencia del curso Derecho Penal 1 de la misma casa de estudios. Asistente 2 del proyecto «Anticorrupción» del IDEHPUCP.

José Ugaz Sánchez-Moreno

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la misma casa de estudios. Ex Procurador (Ad Hoc) de la República. Socio fundador del Estudio Benites Forno & Ugaz.

Luis Vargas Valdivia

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex Procurador Adjunto (Ad Hoc) de la República. Socio del Estudio Benites Forno & Ugaz.

