

# Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública

**Manual de capacitación  
para operadores de justicia  
en delitos contra la  
administración pública**

## **Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública**

Primera edición (500 ejemplares)

Lima, Perú

Julio de 2013

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-09857

### **Coautores**

Yvan Montoya Vivanco  
Rafael Chanjan Documet  
Yvana Novoa Curich  
Julio Rodríguez Vásquez  
Fany Quispe Farfán

### **Colaboradores**

Renata Bregaglio Lazarte  
Erick Guimaray Mori  
Ricardo Santayana Sánchez  
Patricia Barrantes Delgado

### **Corrección de estilo**

María Pasamar Herranz

### **Diseño y diagramación**

Jorge Kajatt Mera

### **Impresión**

Industria Gráfica Cimagraf  
Jr. Torres Paz 1252, Urb. Santa Beatriz  
Lima 1 - Perú  
Teléfono: (511) 265-0453

© **Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2013**

Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú

Teléfonos: (511) 626-2000 anexo 7500 / 2615859 / 4613433

[www.idehpucp.pucp.edu.pe](http://www.idehpucp.pucp.edu.pe)

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

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

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1: El fenómeno de la corrupción en el Perú</b>	<b>9</b>
1.1 Estadísticas y medición de la corrupción en el Perú	9
1.1.1 Cuestiones previas	9
1.1.2 Los cuadros de percepción	9
1.2 Marco teórico de la corrupción: Perspectivas de enfoque	14
1.2.1 Concepto de corrupción	14
1.2.2 Los enfoques sobre la corrupción	15
1.3 La corrupción en los tratados internacionales y como violación de los derechos humanos	16
1.4 Breve diagnóstico de la corrupción en el sistema de administración de justicia en el Perú	18
1.4.1 Actores de la corrupción	19
1.4.2 Técnicas de Corrupción	20
1.5 La ética de la función pública	21
1.5.1 Los códigos de ética de la función pública	22
1.5.2 La naturaleza de los códigos de ética	23
1.5.3 El Código de Ética de la Función Pública en el Perú	23
1.5.4 El Código de Ética del Poder Judicial	25
1.5.5 El Código de Ética del Ministerio Público	27
<b>CAPÍTULO 2: La parte general de los delitos contra la administración pública</b>	<b>29</b>
2.1 El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública	29
2.1.1 Titularidad del bien jurídico	31
2.2 El concepto de funcionario público	31
2.2.1 Autonomía del concepto de funcionario público	32
2.2.2 Concepto de funcionario público	32
2.2.3 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados	37
2.3 Los delitos contra la administración pública como delitos especiales	41
2.3.1 Delitos especiales: Concepto simple vs. concepto complejo	41
2.3.2 Clasificación de los delitos especiales en propios e impropios	45
2.4 El problema de los delitos de encuentro	46
2.4.1 Los delitos de intervención necesaria	46
2.4.2 Los delitos de convergencia y los delitos de encuentro	46
2.4.3 Supuestos de delitos de encuentro	47
2.4.4 Consecuencias contra el interviniente necesario en delitos que lo favorecen sin regulación específica de su conducta en la parte especial del Código Penal	49
2.5 La autoría y participación: El problema de la intervención del particular	50
2.5.1 Las teorías de la impunidad	50
2.5.2 Las teorías de la responsabilidad	51

2.6 El título de imputación de la intervención del particular	53
2.6.1 Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación	53
2.6.2 Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación	54
2.6.3 Las teorías mixtas	55

### **CAPÍTULO 3: Las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública** 57

3.1 Los tipos de pena	57
3.1.1 Clasificación	57
3.1.2 Pena privativa de libertad	60
3.1.3 Pena de multa	60
3.1.4 Pena de inhabilitación	60
3.1.4.1 Marco teórico	61
3.1.4.2 Inhabilitación en los delitos de corrupción	62
3.1.4.3 Ejecución de la pena de inhabilitación	64
3.1.5 Pena de prestación de servicios a la comunidad	64
3.2 La prescripción	64
3.3 Las medidas alternativas a la pena privativa de libertad contempladas en el código penal peruano	66
3.3.1 La suspensión de la ejecución de la pena	67
3.3.2 La reserva del fallo condenatorio	69
3.3.3 La exención de pena	70
3.3.4 La conversión de penas	70
3.3.5 La sustitución de penas	71
3.4 La reparación civil como elemento integrante de la sentencia penal	72
3.4.1 La naturaleza jurídica	73
3.4.2 La responsabilidad civil extracontractual: Definición y contenido	75
3.4.3 Breve referencia a la reparación civil en el caso de los delitos contra la administración pública	77

### **CAPÍTULO 4: Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos** 79

4.1 Los delitos de cohecho	79
4.1.1 Los cohechos pasivos	79
4.1.1.1 Cohecho pasivo propio	80
4.1.1.2 Cohecho pasivo impropio	81
4.1.2 Cohecho activo genérico	82
4.1.3 Elementos problemáticos	82
4.1.4 Problemas concursales	85
4.2 El delito de peculado	86
4.2.1 El bien jurídico específico	87
4.2.2 Elementos problemáticos	88
4.2.3 Problemas concursales	91
4.3 El delito de malversación de fondos	92
4.3.1 El bien jurídico específico	92
4.3.2 Elementos problemáticos	93
4.3.3 Problemas concursales	95

4.4	El delito de enriquecimiento ilícito	96
4.4.1	El bien jurídico específico	96
4.4.2	Elementos problemáticos	97
4.4.3	Problemas concursales	100
4.5	El delito de negociación incompatible	103
4.5.1	El bien jurídico específico	103
4.5.2	Elementos problemáticos	105
4.5.3	Problemas concursales	106
4.6	El delito de colusión desleal	107
4.6.1	El bien jurídico específico	107
4.6.2	Elementos problemáticos	108
4.6.3	Problemas concursales	110
4.7	El delito tráfico de influencias	111
4.7.1	El bien jurídico específico	111
4.7.2	Elementos problemáticos	112
4.7.3	Problemas concursales	114
<b>CAPÍTULO 5: Aspectos problemáticos en la investigación de los delitos de corrupción de funcionarios</b>		<b>117</b>
5.1	Legitimidad del denunciante	117
5.2	Gestión de denuncias	117
5.3	La búsqueda de la verdad en los delitos contra la administración pública	119
5.3.1	Algunos aspectos problemáticos de incorporación de prueba	119
5.3.2	Prueba y valoración probatoria	122
5.3.3	El uso de las declaraciones recabadas en la etapa de investigación preparatoria y su valoración probatoria	124
5.3.3.1	Declaraciones previas	124
5.3.3.2	Declaraciones espontáneas	127
5.4	El plazo de la investigación preparatoria y su control	127
5.4.1	Necesidad de integración de plazo	127
5.4.2	Control de plazo de la investigación preliminar	128
5.5	Problemas de aplicación del Código Procesal Penal	128
5.6	Principales ventajas del nuevo modelo	129
5.6.1	El sistema de audiencias en la investigación	129
5.6.2	El seguimiento de casos por el fiscal	131

El sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios en el Perú se gestó como consecuencia del esfuerzo de la transición democrática, luego de la caída del régimen venal del expresidente Fujimori, en diciembre de 2000. En ese sentido, partiendo de un marco normativo anquilosado e inadecuado para delitos cometidos en contextos sistémicos<sup>i</sup>, el Estado inició un proceso de reformas urgentes que permitieron, posteriormente, a la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, la Procuraduría Pública del Estado y el Poder Judicial enfrentar con cierta eficacia un fenómeno de corrupción de gran envergadura, nunca antes develado en la historia de la República.

Estas reformas eran fundamentalmente tres<sup>ii</sup>. En primer lugar, un mínimo marco normativo que permitiera evitar que las organizaciones dedicadas a la corrupción eludieran rápidamente la acción de la justicia. Esto motivó la reforma de las medidas cautelares de prisión provisional, de tal manera que, bajo determinadas condiciones, se permitiera al fiscal solicitar al juez que disponga esta medida contra aquellos sospechosos de haber cometido actos de corrupción, antes de iniciar el proceso judicial.

En segundo lugar, con el propósito de desestructurar las organizaciones de poder que corrompieron al Estado, se dispuso la extensión de las disposiciones premiales a los investigados o procesados por delitos de corrupción de funcionarios. Con esto se rompió el pacto de silencio que caracteriza este tipo de delitos.

Finalmente, era necesario una reinstitucionalización y especialización de los principales órganos del sistema penal anticorrupción. Efectivamente, por reinstitucionalización deben entenderse especialmente las medidas tendientes a devolver la independencia de los órganos de persecución penal (Ministerio Público y Poder Judicial)<sup>iii</sup> y, por especialización, debemos entender sobre todo la creación, dentro de cada uno de los estamentos mencionados, de subespecialidades penales competentes para investigar y juzgar delitos de corrupción de funcionarios públicos. Es así que fueron pieza clave en ese periodo los juzgados y salas especializadas en materia de delitos contra la administración pública, y los fiscales provinciales y superiores especializados en la misma materia<sup>iv</sup>. Ello sin dejar de mencionar a la Procuraduría Pública *ad hoc* anticorrupción que, a partir de los casos de Fujimori y Montesinos, cobró un protagonismo innegable en el impulso de los procesos por estos delitos.

El balance de este impulso general contra la corrupción fue en su momento bastante positivo. Pueden destacarse las múltiples investigaciones, juzgamientos y sentencias recaídas sobre una serie de altos funcionarios del Estado durante dicho periodo como un expresidente de la República, generales de las Fuerzas Armadas y Policiales, congresistas de la República, vocales de la Corte Suprema, un Fiscal de la Nación, dueños de medios de comunicación, entre otros altos funcionarios públicos y personajes vinculados al poder económico.

---

i El Código de Procedimientos Penales, vigente al momento del descubrimiento de los grandes casos de corrupción del régimen de los años 90, de 1940, contemplaba un procedimiento inquisitivo y predominantemente escrito.

ii Sobre estas reformas, especialmente: UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José. "Algunos apuntes sobre la defensa judicial del Estado en el caso Fujimori Montesinos". En: *Estudios críticos sobre delitos de corrupción de funcionarios (AAVV)*, IDEH\_PUCP/ Open Society Foundation, Lima, 2012, p. 150 y ss.

iii No debe olvidarse que, en la década de 1990, el régimen del expresidente Fujimori cesó a cientos de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público lo que conllevó a una situación de marcada provisionalidad de estos órganos y, por ende, de su falta de independencia.

iv Sobre estos órganos: SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit. p. 565 y ss.

Sin embargo, a pesar de este impulso, la corriente de lucha contra la corrupción sufrió una sustancial desaceleración desde mediados de 2006 hasta 2011, en que se empezaron a producir situaciones de grave impunidad que hasta la actualidad resulta difícil revertir.

En nuestro concepto, el nuevo escenario de la corrupción pública en el Perú presenta intensidades, no sistémicas, pero bastante graves en los últimos dos periodos de gobiernos democráticos, como parece evidenciarse en las investigaciones parlamentarias y fiscales que vienen realizándose a los gobiernos de los expresidentes Toledo y García. Ello sin perjuicio de que, en su momento, puedan evidenciarse también prácticas de corrupción en el régimen actual. Todo esto amerita, más allá de algunos ajustes normativos en el Código Penal o el Nuevo Código Procesal Penal, el fortalecimiento de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, especialmente frente a comportamientos complejos de corrupción pública que impiden visibilizar la adecuación típica de estas conductas, dificultando su investigación y juzgamiento.

El IDEHPUCP, consciente de los desafíos actuales que debe enfrentar el sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios, ha considerado importante la elaboración de este *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, el mismo que da cuenta de nuestro propósito de impulsar y mantener una línea de trabajo que coadyuve académicamente con las labores que vienen desempeñando los órganos vinculados al mencionado sistema, esto es: el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría Anticorrupción. Este manual aborda los aspectos complejos que los delitos funcionariales plantean al Derecho Penal y al Derecho Procesal, pero lo hace desde un lenguaje claro y sencillo, especialmente para aquellos que empiezan a familiarizarse con estos temas dogmáticos o requieren actualizar sus conocimientos sobre los mismos temas.

En este sentido, como se ha mencionado reiteradamente, el IDEHPUCP dentro de su función de promoción de la vigencia de los derechos humanos y la democracia en nuestro país considera que las prácticas de corrupción no solo tienen un impacto perjudicial en el ámbito político, económico o social, sino que sobre todo incide en la calidad y cantidad de las prestaciones de los servicios públicos, en especial aquellos que se dirigen a satisfacer los diversos derechos fundamentales de los sectores con menos recursos económicos.

Quiero agradecer al equipo del Proyecto para el Fortalecimiento del Sistema Penal Anticorrupción del IDEHPUCP que en coordinación con Patricia Barrantes, Coordinadora del Área de Comunicaciones del IDEHPUCP, han elaborado el presente manual. No puedo dejar de agradecer sobremedida a la Fundación *Open Society* (OSI) sin cuyo apoyo no hubiera sido posible esta obra.

**Elizabeth Salmón Gárate**

Directora  
IDEHPUCP

## El fenómeno de la corrupción en el Perú

### 1.1 Estadísticas y medición de la corrupción en el Perú

#### 1.1.1 Cuestiones previas

Resulta problemático determinar un método preciso para medir el grado de corrupción existente en el Perú, su validación social y los ámbitos donde esta se desenvuelve. Para llevar a cabo una óptima medición, se han utilizado distintos indicadores, como el de la percepción general o de los grupos focalizados sobre corrupción, la medición de la incidencia de las actividades de corrupción, el uso de estimaciones elaboradas por expertos sobre el nivel de corrupción existente y la utilización de indicadores objetivos acerca del fenómeno en cuestión.<sup>1</sup>

Instituciones internacionales como el Banco Mundial señalan que, recientemente, ha habido una especie de explosión en lo referente a las técnicas de medición de la corrupción.<sup>2</sup> Estos nuevos mecanismos se concentrarían en crear indicadores en base a encuestas de expertos y en medir, a través de encuestas aplicadas a empresas y a particulares, la magnitud de impacto de las irregularidades en la administración pública. Dicha institución también destaca el importante papel que, en los últimos años, han cobrado este tipo de datos en base a lo que ellos llaman “revolución en la tecnología de la información”.

Por otro lado, la Organización de Estados Americanos (OEA) destaca la importante labor que cumple la Contraloría General de la República del Perú en lo referente al control gubernamental y a la medición de este fenómeno.<sup>3</sup> A través de la Contraloría se viene desarrollando un importante programa de rendición de cuentas y responsabilidad política, por lo que el control sobre las posibles actuaciones irregulares de los funcionarios públicos se está haciendo efectivo.

#### 1.1.2 Los cuadros de percepción

En el Perú las organizaciones de la sociedad civil, como Proética, han tenido un papel destacado en el impulso de la medición de la corrupción a través de la *Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú*, que se realiza cada dos años desde 2003.<sup>4</sup>

Desde sus inicios, esta encuesta arroja que la percepción de la corrupción ha tenido un constante incremento como uno de los principales problemas del país. Así, en 2010, la corrupción se erigió como el principal problema del Perú. No obstante, en el resultado de 2012,<sup>5</sup> se aprecia que la delincuencia ha desplazado a la corrupción.

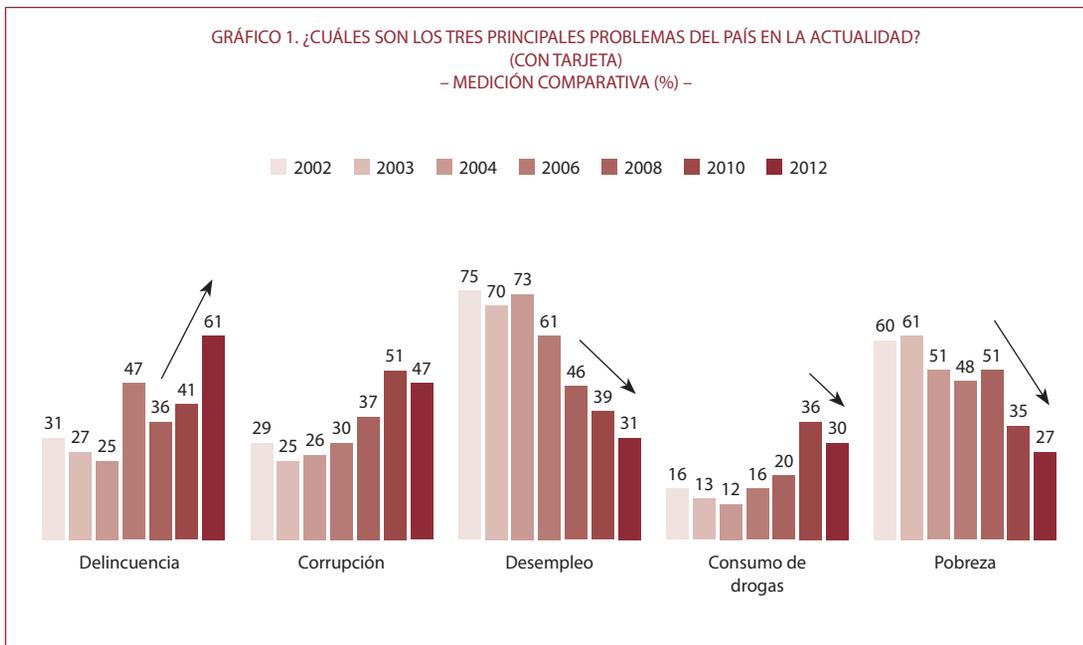
1 JIMÉNEZ MÉNDEZ, Claudia. “Corrupción y Crecimiento Económico: Un Análisis para México, a nivel Estados”. En: [http://catarina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/lec/jimenez\\_m\\_c/capitulo2.pdf](http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lec/jimenez_m_c/capitulo2.pdf), p. 3. Consulta: 19/02/13.

2 El artículo completo puede revisarse en <http://www.bancomundial.org/temas/anticorruptcion/medir.htm> con el nombre de “La revolución de los datos: cómo medir la gobernabilidad y la corrupción”. Consulta: 20/02/13.

3 Dicho informe puede consultarse en: [http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia\\_peru.asp](http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_peru.asp) como: *Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas*. Consulta: 20/02/13.

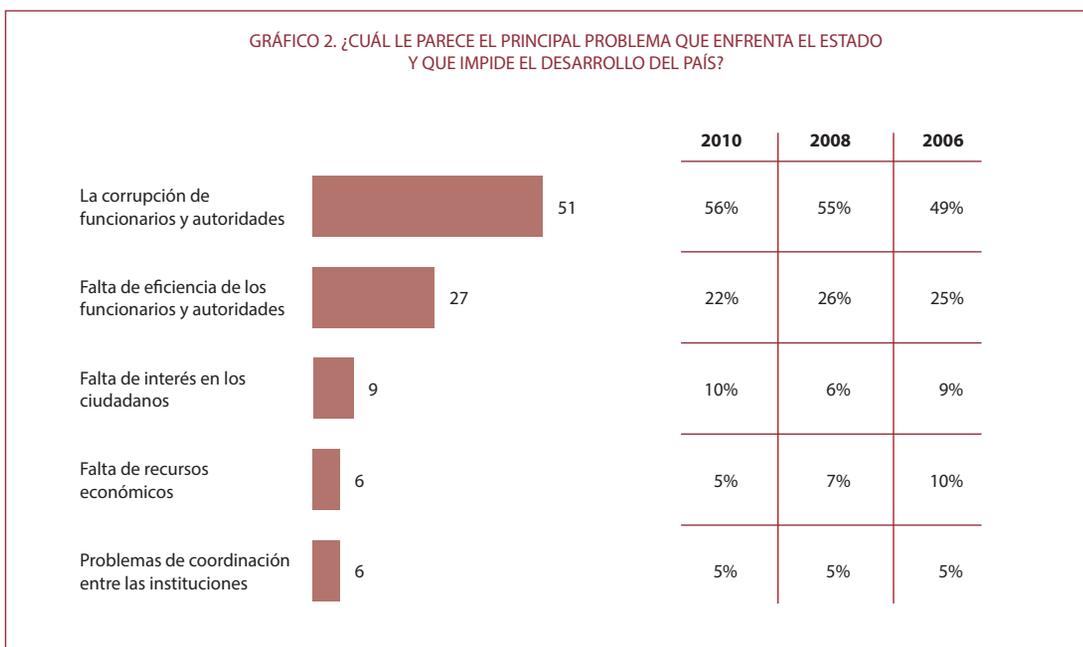
4 La última encuesta corresponde al año 2012.

5 Disponible en: <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2012/07/Pro%20tica-VII-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-2012.pdf>. Consulta: 21/02/13.



Fuente: PROÉTICA. VII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2012)

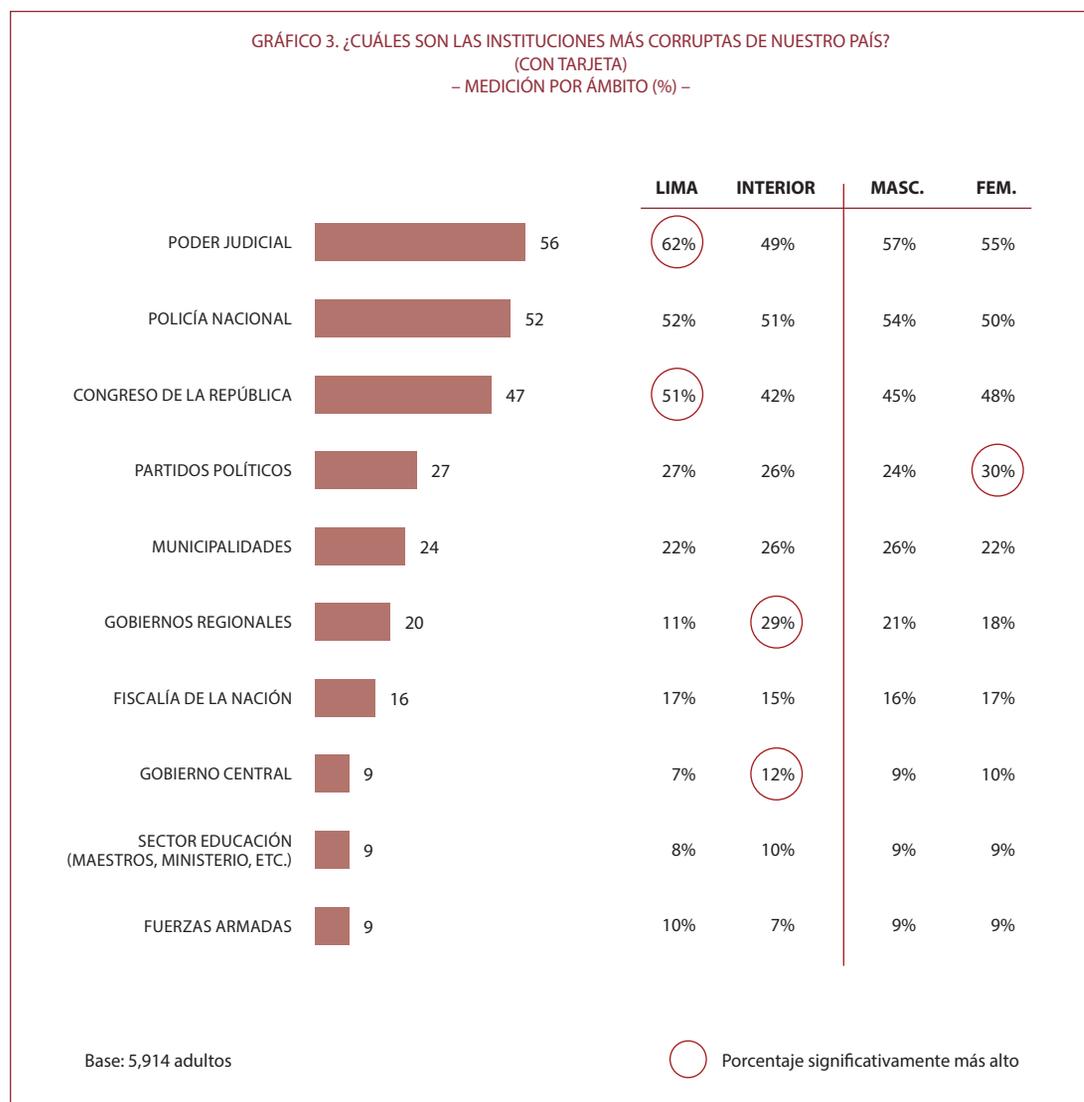
Además, según la apreciación social, la corrupción de funcionarios y autoridades es el principal problema que enfrenta el Estado y que impide lograr el desarrollo del país.



Fuente: PROÉTICA. VII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2012)<sup>6</sup>

Finalmente, en los resultados de la encuesta, las instituciones “más corruptas” para la población son el Poder Judicial, seguido por la Policía Nacional del Perú; justamente aquellas llamadas a tutelar las afectaciones de nuestros derechos producidas, entre otros, por actos de corrupción.

6 La encuesta completa se puede revisar en: <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2012/07/Pro%20C3%A9tica-VII-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%20B3n-en-el-Per%20C3%BA-2012.pdf>. Consulta: 07/04/13.



Fuente: PROÉTICA. VII Encuesta Nacional sobre la percepción de la Corrupción en el Perú (2012)

No obstante, es necesario señalar que las encuestas de percepción de la corrupción, por su propia naturaleza, no informan sobre niveles precisos o reales de este fenómeno. Sin embargo, arrojan indicios sobre su situación, su avance, sus ámbitos posiblemente más problemáticos o su nivel de tolerancia.

Cabe señalar, también, que las estadísticas y los resultados obtenidos por las organizaciones de la sociedad civil mencionadas coinciden y se complementan con aquello vertido por las mediciones realizadas por las instituciones internacionales. Estos estudios se hacen de manera más focalizada y contrastando la situación de otros países de la región. Es así que, en base a los resultados de una encuesta llevada a cabo en 2010<sup>7</sup> por *Transparency International*, se puede señalar que la población peruana tiene una persistente sensación de aumento progresivo del clima de corrupción en el país. En esta, el 79% de los encuestados señaló que percibía un aumento en los casos de corrupción acaecidos dentro del territorio nacional en los últimos tres años. Con este resultado, el Perú se ubicaba –en dicho momento– en el segundo lugar dentro de los países latinoamericanos encuestados, en la percepción de incremento de la corrupción.

<sup>7</sup> La encuesta completa se puede revisar en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorruccion/barometro-global/> Consulta: 07/04/13.

**CUADRO 1. ¿CÓMO CREE QUE HA EVOLUCIONADO EL NIVEL DE CORRUPCIÓN EN ESTE PAÍS EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS?**

PAÍS	DISMINUYÓ	SE MANTUVO IGUAL	AUMENTÓ
Venezuela	7%	7%	86%
Perú	9%	12%	79%
México	7%	18%	75%
Brasil	9%	27%	64%
Argentina	8%	30%	62%
Colombia	20%	24%	56%
Chile	9%	39%	53%
El Salvador	18%	34%	48%
Bolivia	20%	34%	46%

Fuente: *Barómetro Global de la Corrupción 2010*

De igual manera, dicha medición, también permitió observar que el Perú es uno de los países con mayor desaprobación en referencia a la percepción de la efectividad del gobierno para luchar contra el fenómeno de la corrupción. Finalmente, la encuesta señala que Perú percibiría al Poder Judicial como la institución más corrupta en contraste con los otros países latinoamericanos objeto de la medición.

**CUADRO 2. ¿CÓMO VALORA LAS ACCIONES DEL GOBIERNO EN SU LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN?**

PAÍS	INEFICAZ	NINGUNO	EFICAZ
Perú	85%	8%	8%
Argentina	77%	11%	12%
Venezuela	65%	28%	7%
Brasil	54%	17%	29%
México	52%	26%	22%
Colombia	46%	20%	35%
Chile	33%	28%	38%
El Salvador	32%	53%	15%
Bolivia	27%	26%	49%

Fuente: *Barómetro Global de la Corrupción 2010*

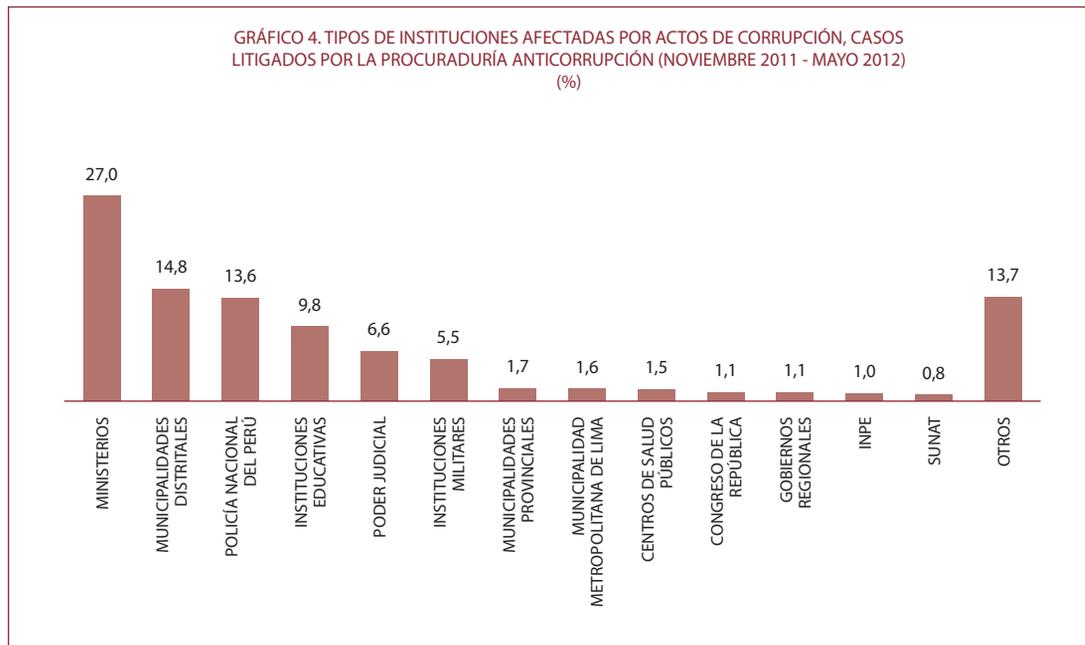
En el Perú, una importante medición de las investigaciones o judicialización de los casos de corrupción la realiza el Poder Ejecutivo, a través de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (Procuraduría Anticorrupción) y su reciente Observatorio Nacional Anticorrupción, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Mediante el trabajo de esta instancia se ha logrado sistematizar la siguiente información:<sup>8</sup>

- Registro de deudores de reparaciones civiles por delitos en agravio del Estado por delitos de corrupción
- Registro de prófugos por delitos de corrupción
- Funcionarios procesados y sentenciados en contra de la administración pública

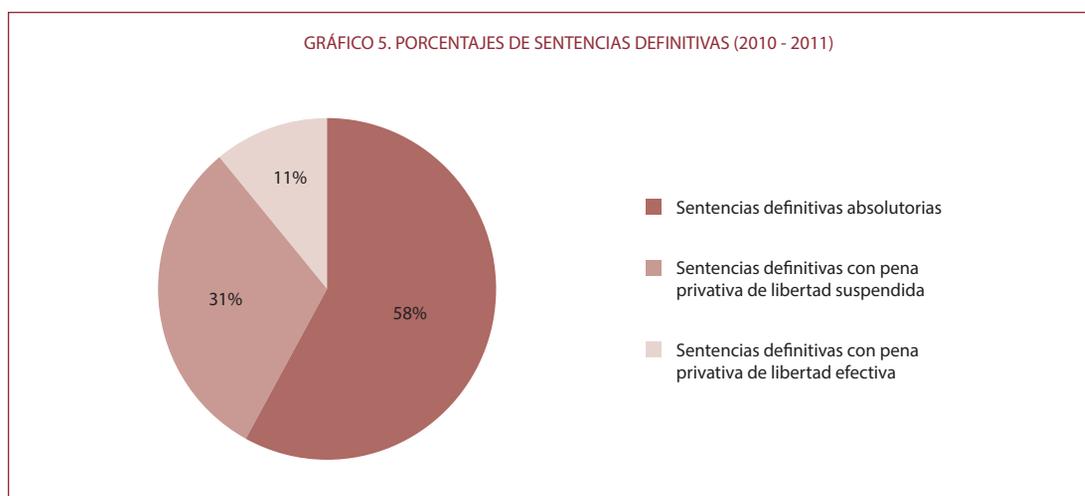
8 Se puede acceder a las bases de datos en: [http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/sisca\\_web/Login2Action](http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/sisca_web/Login2Action). Consulta: 21/02/13.

- Número de casos en giro de la Procuraduría
- Identificación de los delitos de mayor incidencia

A mediados del pasado año, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publicó el primer informe de gestión de la Procuraduría Anticorrupción: *La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información*<sup>9</sup> que incluye datos importantes logrados por la institución como la distribución de las instituciones más afectadas por problemas de corrupción y el porcentaje de sentencias emitidas entre 2010 y 2011.<sup>10</sup>



Fuente: Procuraduría Anticorrupción



Fuente: Procuraduría Anticorrupción

9 MUJICA, Jaris, Víctor QUINTEROS, Rafael CASTILLO y Carlos CHÁVEZ. "La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información". En: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf>. Consulta: 21/02/13.

10 MUJICA, Jaris, Víctor QUINTEROS, Rafael CASTILLO y Carlos CHÁVEZ. "La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información", pp. 10-14. En: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf>. Consulta: 21/02/13.

En referencia a la medición del número de denuncias por corrupción en el Perú, el Ministerio Público, en su *Anuario Estadístico de 2011*, solo registra un total de 8,543 denuncias ingresadas por casos de corrupción de funcionarios,<sup>11</sup> pero no ha sistematizado, estadísticamente, los tipos de delitos denunciados, o aquellas instituciones donde se han producido la mayor cantidad de estas irregularidades. Según esta institución en la actualidad existen más de 15,000 casos de delitos contra la administración pública a nivel nacional conocidos por la Procuraduría.<sup>12</sup> Dentro del distrito judicial de Lima (sin tomar en cuenta Lima Norte ni Callao) estarían litigándose 2,000 de estos procesos, aproximadamente, casi el 31% de estos son delitos por peculado, seguidos de los procesos por delito de colusión con, casi, un 15%.

Por otro lado, la Policía Nacional del Perú (PNP) también está llevando a cabo esfuerzos en relación a la identificación de los focos de corrupción dentro de su institución. En este sentido, la institución reconoce tres tipos de corrupción:<sup>13</sup>

- Corrupción administrativa, vinculada al accionar de los funcionarios de la PNP o del Ministerio del Interior (Mininter), con poder de decisión, encargados de la contratación y adquisición de bienes y servicios
- Corrupción interna, relacionada a los procesos internos donde se cobran o reciben comisiones ilegales, más conocidas como “coimas”, por realizar trámites dentro de la institución
- Corrupción “operativa-externa”, relacionada directamente con la ciudadanía a través del contacto cotidiano entre policías y particulares

## 1.2 Marco teórico de la corrupción: Perspectivas de enfoque

La corrupción se presenta en nuestro contexto como un fenómeno complejo que necesita ser analizado en base a diversos enfoques con el fin de poder comprenderlo y, luego, combatirlo. De esta manera, en primer lugar, es conveniente una aproximación al concepto general de corrupción y, posteriormente, a los diversos enfoques que se pueden utilizar para comprenderla en la realidad.

### 1.2.1 Concepto de corrupción

El inicio de todo diagnóstico exige delimitar los conceptos básicos a tratar. En este sentido, resulta necesario precisar el concepto de corrupción. No obstante, definirla es una tarea que ha encontrado diversos obstáculos. En concreto, se han identificado tres grandes inconvenientes que explican la dificultad de este objetivo:<sup>14</sup>

- Existen muchos problemas relacionados con la corrupción (como el fraude y el abuso de poder, entre otros) que son tratados de forma indistinta
- Existen diferencias importantes entre la corrupción reconocida por el ordenamiento jurídico, los actos de corrupción calificados por la población y los actos de corrupción que afectan intereses públicos y que no están reconocidos por el ordenamiento jurídico
- Existen diferencias entre las distintas sociedades en su utilización de la palabra corrupción

A pesar de ello, los siguientes elementos esenciales concretan el concepto de corrupción pública:<sup>15</sup>

11 MONTROYA VIVANCO, Yvan. “Informe de la lucha contra la corrupción en el Perú 2011-2012”. En: *Avances y retrocesos en el sistema penal anticorrupción: 2010-2012*, p. 23. El texto completo se puede revisar en: [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_int/doc06122012-133036.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc06122012-133036.pdf). Consulta: 21/02/13.

12 MUJICA, Jaris, Víctor QUINTEROS, Rafael CASTILLO y Carlos CHÁVEZ. “La procuraduría anticorrupción en perspectiva crítica: Reparaciones civiles / investigación / sistema de información”, p. 7. En: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/06/anticorrupcion-Primer-Informe-situacional.pdf>. Consulta: 21/02/13.

13 Policía Nacional del Perú. *Plan de lucha contra la corrupción de la PNP 2012-2016*. En: <http://www.pnp.gob.pe/inspectorial/documentos/PLAN%20DE%20L...pdf>. Consulta: 21/02/13.

14 Cfr. GARDINER, John. “Defining corruption”. En: Arnold HEIDENHEIMER y Michael JOHNSTON (editors). *Political Corruption. Concepts & Contexts*, 3rd ed. New Jersey: 2005, Transaction Publishers, p. 24.

15 Cfr. Grupo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial. *Informe de la Comisión de magistrados para la reestructuración del Poder Judicial*. Lima: 2003, p. 25.

**Illegalidad:** Todo acto de corrupción transgrede normas penales, administrativas y/o éticas

**Interés privado:** Todo acto corrupto busca obtener un beneficio privado, que no siempre está relacionado directamente con el corrupto, puede ser para una persona cercana al corruptor o a un tercero

**Abuso de una función:** Todo acto de corrupción implica el abuso de una función asignada por el Estado, es decir, una función pública

**Encubrimiento:** Los actos de corrupción suponen un pacto de silencio entre corrupto y corruptor donde se pretenden burlar los mecanismos de control

A partir de ello, es posible concluir, en un sentido amplio, que:

**La corrupción es el uso indebido del poder para obtener beneficios irregulares (económicos o no) violando la ley y afectando la legitimidad de la autoridad y los derechos fundamentales de la persona<sup>16</sup>**

## 1.2.2 Los enfoques sobre la corrupción

La compleja naturaleza del fenómeno de la corrupción ha motivado que diversas disciplinas científicas estudien y planteen distintas maneras de comprenderlo. En este sentido, y a modo de resumen, los enfoques más importantes sobre la corrupción son tres:<sup>17</sup>

- **El enfoque económico**, que incluye tres pretensiones:

En primer lugar, la medición de los niveles de corrupción en una sociedad determinada, pero no tanto para planificar su erradicación sino para que los inversores privados controlen la variable de riesgo que este fenómeno implica.

En segundo lugar, los enfoques económicos se han centrado en la determinación de las consecuencias económicas (perjuicio) de la corrupción en una sociedad.

En la década de 1990, el Estado peruano sufrió aproximadamente una pérdida patrimonial ascendente a US\$ 14,087 millones de dólares americanos (cerca del 50% del presupuesto anual y 4.5% aproximadamente del PBI en ese periodo). Con este monto podrían haberse pagado S/ 1,000 nuevos soles mensuales a medio millón de jubilados durante siete años.<sup>18</sup>

16 Cfr. *Plan Nacional Anticorrupción 2012-2016*.

17 Cfr. MUJICA, Jaris. "El poder en el Poder Judicial (y los estudios sobre corrupción). En: *Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Tesis para optar al título de magíster en Ciencias Políticas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 21 y ss.

18 Cfr. QUIROZ NORRIS, Alfonso. La República: "De recuperarse dinero robado en los 90, habría suficiente para programas sociales". En: <http://www.larepublica.pe/02-08-2011/de-recuperarse-dinero-robado-en-los-90-habria-suficiente-para-programas-sociales>. Consulta: 07/05/13.

Finalmente, el enfoque económico nos plantea un modelo de entendimiento del contexto que facilita los actos concretos de corrupción conocido como “agente y principal”. El más popular lo ha definido Klitgaard<sup>19</sup> al señalar que la corrupción puede ser explicada como una ecuación en donde si un agente tiene el monopolio (M) de las decisiones y actúa con altos niveles de discrecionalidad (D) o autonomía y sin rendición de cuentas (A) se posibilitan márgenes de desviación.

- **El enfoque jurídico-institucional**, esta perspectiva jurídica ha girado en torno a tres ejes:<sup>20</sup> El estudio de la corrupción desde las premisas legales para entrever las deficiencias del sistema penal; el modo en que se deben plantear leyes para poder subsanar esos espacios; y el intento de explicar la corrupción desde las ambiciones personales de determinados sujetos, reduciendo el fenómeno a un juego de intereses de individuos, a los que se debe controlar con mecanismos punitivos.
- **El enfoque cultural**, ni el criterio racional asentado en las perspectivas económicas ni los enfoques casuísticos donde se asienta el derecho permiten comprender las razones de la extensión, profundidad y la tolerancia social de la corrupción en una sociedad determinada. La perspectiva cultural, de manera complementaria, nos permite avanzar en esa dimensión de la corrupción en tanto fenómeno extendido en los distintos niveles de la administración pública y de la sociedad civil.

La Guía Anticorrupción, elaborada por Transparencia Internacional (1997), ha evidenciado cuatro condiciones culturales básicas que inciden sobre la extensión y la tolerancia de las prácticas corruptas:

- La tolerancia social hacia el goce de privilegios privados que permite la prevalencia de una moralidad del lucro privado sobre la ética cívica
- Una cultura de la ilegalidad generalizada que determina la existencia de grupos sociales que sienten que la ley no cuenta para ellos<sup>21</sup>
- El conflicto entre las formas de organización y de sistemas normativos tradicionales y las normas que revelan el surgimiento de un orden social moderno
- La escasa vigencia de la idea de nación y la ausencia de una solidaridad fundada en el bienestar común

### 1.3 La corrupción en los tratados internacionales y como violación de los derechos humanos

El tratamiento que se le ha dado a la corrupción desde los tratados internacionales se ha decantado por no preferir una definición específica de lo que esta significa. Ni la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,<sup>22</sup> ni la Convención Interamericana Contra la Corrupción,<sup>23</sup> dan una definición cerrada de este fenómeno, sino que enumeran algunas conductas irregulares que se deben entender como actos de corrupción y, por ende, ser pasibles de sanción.

19 KLITGAARD, Robert. *Controlando la corrupción*. La Paz: Fundación Hans Seidel, 1992. Resalta su famosa fórmula  $C = M + D - A$ , es decir; la corrupción (C) se ve favorecida con el monopolio (M) de la discrecionalidad (D) menos la transparencia (A) (en inglés: *Accountability*).

20 MUJICA, Jaris. Op. cit. p. 28 y ss.

21 Sobre la ausencia de respeto a la ley, en tanto canon legítimo de convivencia, y la cultura de la complicidad silenciosa de nuestra sociedad como factores que explican la extensión de la corrupción, ver: PORTOCARRERO, Gonzalo. *Una sociedad de cómplices*. En: [http://www.bnp.gob.pe/portaltbnp/pdf/libros\\_y\\_artes/Librosyartes9\\_3.pdf](http://www.bnp.gob.pe/portaltbnp/pdf/libros_y_artes/Librosyartes9_3.pdf)

22 Disponible en: [http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion\\_onu\\_contra\\_la\\_corrupcion\\_2003.pdf](http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion_onu_contra_la_corrupcion_2003.pdf)

23 Disponible en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion\\_interamericana\\_contra\\_la\\_corrupcion\\_1997.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/convencion_interamericana_contra_la_corrupcion_1997.pdf)

Como se ha señalado, la ocurrencia sistemática de actos de corrupción dentro de las instituciones del Estado genera una sensación de total abandono y pérdida de confianza en los ciudadanos. Hay que tener en cuenta, además, que la situación de la corrupción, de hecho, impide el acceso a la protección de las instituciones públicas o del sistema de administración de justicia al que entran otros ciudadanos dispuestos y en la capacidad económica de corromper autoridades, quienes son percibidos como, efectivamente, protegidos en sus derechos. Ello implicaría una afectación al principio de igualdad, ya que si una persona corrompe a un funcionario público, adquiriría un estatus privilegiado en relación al resto de individuos en su misma situación, por tanto, la corrupción resulta discriminatoria en su propósito y en sus efectos.<sup>24</sup>

No obstante, para poder aplicar el marco legal de los derechos humanos en relación a los actos de corrupción es necesario distinguir entre:<sup>25</sup>

- Los actos de corrupción que directamente violan un derecho humano
- Los actos de corrupción que conducen a la violación de un derecho humano pero que en sí no violan un derecho
- Los actos de corrupción a partir de los cuales puede establecerse un vínculo causal con una violación específica de derechos

En conclusión, para determinar si un acto de corrupción en particular viola o no un derecho humano los pasos a seguir serán:

- Establecer el alcance y contenido de la obligación del derecho humano en cuestión
- Determinar la intensidad de la conexión entre el acto y el daño generado y si la afectación se ha dado de manera directa o indirecta
- Identificar a los autores del hecho para determinar responsabilidades y, consecuentemente, obtener la reparación del daño originado

Ahora bien, la corrupción no solo afecta a los denominados derechos civiles y políticos, sino también a los económicos, sociales y culturales (DESC), como el derecho a una vivienda digna, a la salud y el acceso a la educación. El Estado peruano, mediante el Decreto Ley N° 22129, ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconociendo que estos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana y que, por tanto, se hallarían en el mismo nivel de reconocimiento que los derechos fundamentales.<sup>26</sup> Asimismo, según este pacto, los estados parte se comprometen a adoptar medidas en base a los recursos de los que dispongan, para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el acuerdo y plasmados en la norma fundamental. De este modo, si considerásemos la corrupción como una afectación a la correcta asignación de los recursos públicos, favoreciendo intereses privados y en detrimento de la concreción del bien común a través del favorecimiento de políticas públicas, llegaríamos al desvío irregular de caudales públicos que debieran ser asignados a satisfacer necesidades de vivienda, educación y salud, algo que afectaría el sentido programático de los DESC y su salvaguarda por parte del Estado.

Sobre este punto, cabe mencionar que en el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales, en su artículo 41° garantiza explícitamente el derecho fundamental de toda persona a una "buena administración", entendido como el derecho a ser oído, al acceso a la información y a la motivación de las decisiones, además de un derecho a compensación por el incumplimiento de las obligaciones públicas y un derecho a la correspondencia con la administración. En España, algunos autores han señalado que la "buena administración" además de ser un principio constitucional

24 Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. Op. cit. p. 28 y ss.

25 Ibidem.

26 Cfr. [http://www.tc.gob.pe/tratados/uni\\_ddhh/instru\\_alca\\_gene2/pidesc.pdf](http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/pidesc.pdf)

es un derecho fundamental de la persona.<sup>27</sup> Del mismo modo, en el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional peruano señaló que la “buena administración” es un principio constitucional que se deduce del artículo 39° de la Constitución.<sup>28</sup>

## 1.4 Breve diagnóstico de la corrupción en el sistema de administración de justicia en el Perú

Una vez descrito el concepto de corrupción, resulta necesario identificar sus tipos para poder comprender la magnitud de esta problemática. Por tanto, conviene identificar los siguientes criterios para diferenciar las clases de corrupción:<sup>29</sup>

- **Por su naturaleza**

- **Corrupción política:** Se puede observar en las altas esferas de decisión, involucrando a los funcionarios públicos que ejercen funciones de poder político (congresistas, ministros, presidentes y otros).
- **Corrupción burocrática o administrativa:** Afecta a los niveles intermedios y bajos de los organismos públicos. En este sentido, ya no involucra funcionarios con capacidad de decisión sino funcionarios encargados de la ejecución de las normas y del trato con los ciudadanos.

- **Por su grado de desarrollo**

- **Corrupción individual o directa:** Se produce cuando los actos de corrupción y sus actores pueden ser identificados de forma clara. En otras palabras, el actor opera directamente sin la intervención de una red de corrupción. El ejemplo más claro de esto es la corrupción manifiesta en las “coimas” a los policías de tránsito.
- **Corrupción sistémica o institucionalizada:** Se caracteriza por estar generalizada y se manifiesta en múltiples esferas a través de redes de corrupción. De esta manera, es difícil determinar a todos los agentes que intervienen. Este tipo de corrupción se propaga fácilmente provocando la ausencia de valores, haciendo confusa la diferencia entre lo correcto e incorrecto.

Anteriormente, se ha mencionado las instituciones más afectadas por los actos de corrupción, estando entre las tres primeras: la Policía Nacional del Perú, las instituciones educativas y el Poder Judicial. Tomando como punto de partida este dato, y teniendo como límite el objetivo de este manual, conviene aportar información breve sobre la situación de la corrupción en el sistema de administración de justicia.

El sistema de administración de justicia es un ámbito de la administración estatal expuesto a prácticas de corrupción extendidas. Siguiendo la fórmula de Klitgaard:

$$C = M + D - A$$

Se puede señalar que el sistema de administración de justicia está caracterizado por ser un ámbito donde el monopolio del poder para administrar justicia, junto a la ausencia de transparencia en el

27 Cfr. Sindicatura de Greuges de Barcelona. *El derecho a una buena administración*. Barcelona: 2007, pp. 42 y 43.

28 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000017-2011-PI/TC de 03 de mayo de 2012. Fundamentos 15° y 16°.

29 Cfr. Grupo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial. *Informe de la Comisión de magistrados para la reestructuración del Poder Judicial*. Lima: 2003, p. 26 y ss. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/INFORME%20FINAL.pdf>

ejercicio de su función,<sup>30</sup> permite una considerable discrecionalidad de sus miembros, provocando que la corrupción crezca casi sin control.<sup>31</sup> De este modo, siguiendo fundamentalmente el *Informe Final del Consejo Transitorio del Poder Judicial*, de 2001, resulta importante identificar los principales actores y técnicas de corrupción en el ámbito jurisdiccional:

### 1.4.1 Actores de la corrupción

Los principales actores de la corrupción y su rol en la comisión de actos de corrupción, en el sistema de justicia pueden ser:<sup>32</sup>

- **Algunos órganos de decisión política y ejecutiva:** Determinados mandos directivos encargados de diseñar, controlar y mantener las situaciones de irregularidad que propician los actos de corrupción.
- **Algunos jueces y fiscales:** Determinados jueces y fiscales de toda jerarquía interna, representan muchas veces los funcionarios de jerarquía más alta en las redes de corrupción del sistema de justicia. Sus actos de corrupción consisten, mayoritariamente, en la venta de fallos, agilización o dilatación de los procesos judiciales y en las preferencias en los procesos.<sup>33</sup> Los sobornos usualmente se manifiestan a través de viajes, favores sexuales<sup>34</sup> y/o cursos de especialización.
- **Determinado personal auxiliar del Poder Judicial y el Ministerio Público:** Compuesto por secretarios, relatorías y asistentes técnicos. Se vinculan con la corrupción esencialmente mediante el tráfico de influencias<sup>35</sup> (vínculos de conexión con los magistrados y fiscales), pero también a través de la modificación de documentos y sobornos para ejercer presión en la dilación de procesos o en su agilización. En el fuero penal, los ambientes posibilitan una relación directa y libre con los abogados litigantes, facilitando los actos de corrupción. Por otro lado, existen fiscales y jueces que tiene el mal hábito de no redactar personalmente los dictámenes y resoluciones, sino que se limitan a firmar documentos presuntamente elaborados por el personal auxiliar. Estas prácticas llevan a pequeñas corruptelas facilitando la introducción de dictámenes fiscales y resoluciones judiciales originalmente redactadas por los abogados de las partes. También, son conocidas las situaciones donde los técnicos auxiliares del Ministerio Público acuden a tomar la manifestación de personas citadas a los estudios de los abogados defensores del investigado. Posteriormente, estos técnicos auxiliares (luego de haber recibido un beneficio por parte del abogado defensor) informan al fiscal pertinente que dichas personas concurren a la sede del Ministerio Público.<sup>36</sup>
- **Las mesas de parte:** Compuestas por diversos funcionarios o servidores públicos encargados de recibir los documentos dentro de un proceso o investigación. Constituyen el primer acceso a la estructura del sistema de justicia.<sup>37</sup> Su relación con la corrupción consiste en el tráfico de la documentación. También es frecuente el tráfico de información, ya sea adelantando decisiones judiciales o con la divulgación de información confidencial. Finalmente, existe un tráfico en la distribución de procesos en los juzgados.<sup>38</sup>

30 Los actos jurisdiccionales, tradicionalmente, se entienden como no sujetos a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información.

31 Cfr. Comisión Andina de Juristas. *Corrupción Judicial. Mecanismos de Control y Vigilancia Ciudadana*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003, p. 31.

32 Cfr. Consejo Transitorio del Poder Judicial. *Informe Final de la Comisión de Investigación de Planificación de Políticas de Moralización, Eticidad y Anticorrupción*. Lima: 2001, pp. 73-76.

33 Cfr. MUJICA, Jaris. *Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Lima: Asamblea Nacional de Rectores, 2011, pp. 135-136.

34 Cfr. Comisión Andina de Juristas. *Corrupción Judicial. Mecanismos de Control y Vigilancia Ciudadana*. Lima: CAJ, 2003, pp. 80-83.

35 Cfr. MUJICA, Jaris. Op. cit. p. 109.

36 Cfr. CERIAJUS. Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. *¡Planificando lo justo!* p. 355. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/ceriajus/diagnostico/cap5.pdf>. Consulta: 08/05/12.

37 Cfr. Ídem. p. 107.

38 Cfr. Comisión Andina de Juristas. Op. cit. pp. 83-87.

- **La Policía Nacional del Perú:** En su relación con el sistema judicial, se encuentran todos los miembros del cuerpo policial encargados de colaborar con la investigación fiscal. Con el Código de Procedimientos Penales (CPP), el nexo con la corrupción en la labor policial se encontraba principalmente en la redacción de los atestados policiales y ocultamiento de pruebas. Si bien con el NCPP esto ha cambiado drásticamente, todavía se mantiene el vínculo entre la policía y la corrupción a través de la redacción y manipulación de pericias y el aprovechamiento de la condición de personal de seguridad de magistrados y fiscales para traficar con influencias.<sup>39</sup>
- **Los abogados:** Un grupo integrado por diversos abogados, importantes o “al paso”. En la esfera más alta, tenemos las siguientes prácticas corruptas: Acuerdos con estudios satélites de abogados (encargados de la parte “oscura” del litigio, esto es, activar las redes de corrupción); incorporación de antiguos magistrados y funcionarios públicos en el equipo de abogados con el objetivo de utilizar sus vínculos al interior del sistema de justicia; estrategias de “copamiento” consistentes en ubicar letrados de su confianza en determinadas dependencias judiciales y fiscales; e incorporación de procuradores con vínculos en el sistema judicial.<sup>40</sup> A ello se suma que estos estudios de abogados suelen utilizar los logros académicos de sus miembros como estrategias para “lavarse la cara”.<sup>41</sup>

En cuanto a los abogados “al paso”, es decir, aquellos que operan en las inmediaciones de los órganos de justicia, se ha podido determinar que dicho patrón de asentamiento está correlacionado con un conocimiento previo de los actores que se ubican dentro del órgano de justicia. Así, estos también integran redes de corrupción que ejercen, cotidianamente, estas prácticas.<sup>42</sup>

- **El personal de ejecución de sentencias:** Se despliega en el tratamiento y permanencia de los reos en la cárcel, específicamente en el sistema de calificaciones para internos procesados y sentenciados.
- **Los litigantes:** Se trata de personas representadas por los abogados.

### 1.4.2 Técnicas de corrupción

Las técnicas de corrupción son la muestra en el escenario práctico de los actos de corrupción. En otras palabras, son los mecanismos centrales de corrupción puestos en práctica constantemente por los actores.<sup>43</sup> Ahora bien, tomando en cuenta las principales técnicas de corrupción en base a la “especialidad” de los actores, ya mencionadas, procede enumerar brevemente las técnicas de corrupción más usuales en el sistema de justicia peruano:<sup>44</sup>

- “Coimas”
- *Lobbies*
- Redes ilícitas
- Acciones de “copamiento”
- Redes de información
- Estilos de prevalimiento; magistrados que aprovechando su condición extorsionan a otros operadores de justicia y a las partes del proceso

39 Cfr. Ídem. pp. 94-96.

40 Cfr. Ídem. pp. 70-75.

41 Cfr. YON RUESTA, Roger. “Responsabilidad social de un estudio de abogados especializado en materia penal”. En: *Derecho PUCP*, N° 64. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 340.

42 Cfr. MUJICA, Jaris. Op. cit. p. 89.

43 Cfr. Ídem. pp. 82-83.

44 Cfr. Consejo Transitorio del Poder Judicial. *Informe Final de la Comisión de Investigación de Planificación de Políticas de Moralización, Eticidad y Anticorrupción*. Lima: 2001, pp. 62-69.

- Intercambio de favores
- Elaboración de borradores de dictámenes y resoluciones judiciales por parte de los abogados defensores
- Vulnerabilidad en la situación laboral de los operadores de justicia (provisionalidad de los cargos, elecciones basadas en criterios subjetivos, discrecionalidad de los presidentes de las cortes judiciales para integrar salas y elegir magistrados suplentes, promociones no fundamentadas en la OCMA)
- Manejo arbitrario de la asignación de expedientes
- Nepotismo

## 1.5 La ética de la función pública

Una de las principales causas del fenómeno de la corrupción es la ausencia de valores éticos en la sociedad. Esta situación y la complejidad de las sociedades actuales explican la poca claridad para determinar lo correcto y lo incorrecto en el ejercicio de la función pública.<sup>45</sup> Por este motivo, el presente acápite analizará el papel que desempeña la ética en el correcto ejercicio de la función pública, en especial en la administración de justicia. Para ello, se toma como premisa que la ética, en tanto modo debido de actuación humana, es un instrumento imprescindible para la lucha eficaz y multidisciplinar que requiere el fenómeno de la corrupción. Esta lucha, como es reconocido, no se limita a la mera sanción penal o administrativa de prácticas corruptas.

La ética tiene como objetivos principalmente tres ámbitos:<sup>46</sup>

- Dilucidar el contenido propio de la moral, más allá de las otras clases de saberes (jurídico, político o religioso)
- Otorgar un fundamento filosófico a la moral
- Intentar aplicar los principios éticos descubiertos a los distintos ámbitos de la vida profesional o de las actividades humanas (ética aplicada)

Con respecto a esta última tarea, no es fácil la aplicación de los principios éticos en los distintos ámbitos de la actividad humana, puesto que en las actuales sociedades posmodernas, el enfoque escéptico y relativista de las cosas complica el descubrimiento de los principios comunes para todos. No obstante, desde la comunicación racional y equitativa de los miembros de una determinada comunidad es posible dialogar y encontrar criterios comunes o principios de aplicación a los diversos ámbitos de la vida cotidiana.<sup>47</sup> De lo que se trata entonces, es de llevar a cabo una "ética aplicada" en determinado ámbito de las actividades y de las relaciones humanas. La ética aplicada a una determinada profesión se denomina "deontología".<sup>48</sup> En efecto, la deontología profesional resulta ser un sistema normativo (criterios, principio y pautas de conducta) destinado a orientar la conducta de personas dedicadas a una determinada profesión (médicos, economistas, empresarios, abogados, funcionarios públicos, etc.).

Así pues, en el presente manual se analizará la deontología de la función pública, en especial de la función de administrar justicia. Este aspecto conduce, inevitablemente, a los códigos de ética de la función pública que cumplen un papel preponderante en el correcto funcionamiento de la administración pública, ya que positivizan los principios y deberes éticos que la administración como organización reconoce y exige a sus funcionarios.

45 Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yvan. "Sobre la corrupción en el Perú. Algunas notas sobre sus características, causas, consecuencias y estrategias para enfrentarlas", vol. XXXII, N° 205, Lima: 2007, p. 34.

46 Cfr. CORTINA ORTS, Adela. Op. cit. p. 164.

47 Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. p. 2.

48 Cfr. SEGURA NAYA, A. Op. cit. p. 46.

Efectivamente, la administración pública –considerada como organización– tiene su propia ética, que se encuentra plasmada en la normativa ético-jurídica correspondiente (Código de Ética de la Función Pública) y en la normativa de naturaleza administrativa que regula los procedimientos de actuación de los funcionarios.

La ética de la función pública cumple un papel muy importante en la lucha contra la corrupción estatal, ya que no es suficiente una política económica y/o legislativa (preventiva, represiva y de control) para combatirla, sino que se requiere la convicción y la necesidad práctica de una responsabilidad ética que sacuda los cimientos de la corrupción enquistada en el poder público<sup>49</sup>

Esta preocupación de trabajar en el plano ético para combatir la corrupción ha sido recogida expresamente por la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo III numeral 3), establece que los estados parte se comprometen a brindar instrucciones al personal de las entidades públicas que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades. En este sentido, el artículo 8° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dispone que cada Estado parte, promoverá la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos, y procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

Precisamente, a partir de esta necesidad es que el Perú adopta un Código de Ética de la Función Pública, que se analiza a continuación.

### 1.5.1 Los códigos de ética de la función pública

Un código de ética tiene la finalidad de dar a conocer a los miembros de una determinada organización humana el compromiso ético donde están inmersos la sociedad civil y el Estado. A diferencia de los ordinarios códigos normativos, más que ser un sistema jurídico cerrado y exhaustivo de conductas positivas y negativas, los códigos de ética contienen determinados principios que manifiestan unas reglas generales susceptibles de interpretación en el caso particular.<sup>50</sup> Son la positivización de los valores éticos y definen el comportamiento considerado ético por los miembros de la organización.<sup>51</sup>

**Un código de ética, por tanto, es la máxima expresión de la cultura de una organización humana**

En especial, los códigos de ética de la función pública resultan útiles en un plano interno y externo.<sup>52</sup> Así:

49 *Ibidem.* p. 8.

50 Cfr. SOSPEDRA NAVAS, Francisco. "Análisis comparado de los Códigos éticos vigentes". En: *Ética del juez y garantías procesales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 470.

51 Cfr. FERRER, Juliana. *Op. cit.* p. 6.

52 Cfr. SOSPEDRA NAVAS, Francisco. *Op. cit.* pp. 473-474.

- En el plano interno, refuerzan los valores éticos personales de cada funcionario, sirviendo de referencia conductual para cada uno de ellos
- En el plano externo, reafirman la confianza de la sociedad en el buen desempeño de la función pública

### 1.5.2 La naturaleza de los códigos de ética

Ahora bien, un aspecto que debe considerarse es la naturaleza de las normas contenidas en un código de ética. ¿Son normas ético-jurídicas o normas meramente éticas? Si estas son exigibles bajo sanción por parte de algún órgano disciplinario se llaman ético-jurídicas, mientras que si no lo son, se designan como meramente éticas.<sup>53</sup> Esto sin perjuicio de que, en ciertos casos especiales, los códigos de ética tengan naturaleza mixta, debido a que comparten elementos de las normas ético-jurídicas y de las meramente éticas. Este el caso, por ejemplo, del Código de Ética del Poder Judicial peruano, que se analizará más adelante.

Desde nuestro punto de vista, aquello que determina la naturaleza de estas normas son dos elementos:<sup>54</sup>

- **La instancia que elabora las normas o las aprueba:** Si el código ha sido creado por el legislador, hay indicio de que sus normas son de naturaleza jurídica coercibles. Por el contrario, si este ha sido creado por un acto administrativo interno de una institución del Estado, hay indicio de que sus normas son meramente orientativas.<sup>55</sup>
- **Las potestades de los órganos creados para su seguimiento:** Si el código tiene un órgano o tribunal administrativo de supervisión (consultivo o sancionador), estas normas serán, posiblemente, de carácter jurídico. Si no existe dicho órgano, estas serán, posiblemente, normas meramente éticas.<sup>56</sup>

En el siguiente acápite se analiza el Código de Ética de la Función Pública en el ámbito peruano, para conocer sus disposiciones y determinar su naturaleza.

### 1.5.3 El Código de Ética de la Función Pública en el Perú

El Código de Ética de la Función Pública en el Perú fue aprobado mediante la Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública,<sup>57</sup> reglamentada en el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.<sup>58</sup>

El artículo 6° del código reconoce una serie de principios éticos esenciales, de observancia obligatoria por parte de todos los funcionarios públicos (o servidores públicos). Estos principios rectores de la función pública cumplen un papel fundamental en la orientación del debido ejercicio del cargo público, puesto que ellos serán la base normativa para construir toda la estructura que regule el debido desempeño de la función pública:

- **Respeto:** El funcionario debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y el debido procedimiento.
- **Probidad:** El funcionario debe actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal.

53 Cfr. SOSPEDRA, Francisco. Op. cit. p. 475.

54 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Ética judicial y corrupción*. Op. cit. p. 9.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*.

57 Publicada el 13 de agosto de 2002.

58 Publicado el 19 de abril de 2005.

- **Eficiencia:** El funcionario debe brindar calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.
- **Idoneidad:** El servidor debe estar apto técnica, legal y moralmente para ejercer la función pública. El funcionario debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.
- **Veracidad:** El funcionario debe expresarse con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y debe contribuir al esclarecimiento de hechos que se relacionen con el desempeño de su cargo.
- **Lealtad y obediencia:** El funcionario actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes legítimas que le imparta el superior jerárquico competente.
- **Justicia y equidad:** El funcionario debe tener buena disposición para cumplir cabalmente con cada una de sus funciones, otorgando a cada uno lo que es debido y actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con los ciudadanos, con sus superiores y con sus subordinados.
- **Lealtad al Estado de Derecho:** El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. El funcionario se encuentra prohibido de ocupar cargo de confianza en régimen de facto bajo sanción de cese automático de la función pública.

De otro lado, el artículo 7° del código establece una serie de deberes de la función pública de observancia obligatoria por parte del servidor público. Dichos deberes, se entiende, dimanen de la observancia de los principios básicos ético-jurídicos establecidos en el artículo 6° del código. Así, los deberes ético-jurídicos de la función pública son los siguientes:

- **Neutralidad:** El funcionario debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia respecto a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.
- **Transparencia:** El funcionario debe desempeñar su labor con transparencia. En principio, todos los actos funcionariales se consideran públicos y son accesibles al conocimiento de todo ciudadano.
- **Discreción:** El servidor debe guardar reserva respecto a hechos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y que estén exceptuados de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.
- **Ejercicio adecuado del cargo:** El funcionario en el ejercicio de su cargo no debe ejercer ningún tipo de represalia o coacción contra otros servidores públicos u otras personas.
- **Uso adecuado de los bienes del Estado:** El funcionario debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el cumplimiento de su función de manera racional. El funcionario debe utilizar los bienes del Estado para fines exclusivamente públicos.
- **Responsabilidad:** Todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral. En situaciones extraordinarias, el funcionario puede realizar tareas que no sean propias de su cargo, siempre que estas resulten necesarias para mitigar, neutralizar o superar las dificultades que se enfrenten.

Asimismo, en el artículo 8° del mencionado código se establecen una serie de prohibiciones ético-jurídicas de la función pública, extraídas de los deberes y principios plasmados en el artículo 6° y 7° del código. Dichas prohibiciones son:

- **Mantener intereses en conflicto:** El funcionario no debe mantener relaciones o aceptar situaciones que puedan generar conflicto entre sus intereses personales, laborales o económicos y el cumplimiento de su función pública.

- **Obtener ventajas indebidas:** El funcionario no debe obtener o procurar beneficios indebidos, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.
- **Realizar actividades de proselitismo político:** El funcionario no debe realizar actividades de proselitismo político aprovechándose de su cargo público.
- **Hacer mal uso de información privilegiada:** El funcionario no debe participar en operaciones financieras donde utilice información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por razón de su cargo.
- **Presionar, amenazar y/o acosar:** El funcionario no debe ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros funcionarios públicos que pudieran vulnerar la dignidad de la personas o inducir a la realización de acciones dolosas.

Habiendo analizado estas disposiciones, queda entonces referirse a la naturaleza normativa de este código. Es evidente que este tiene carácter ético-jurídico y no meramente ético, debido a lo siguiente:

- El código fue creado mediante una norma de rango legal emitida por el Congreso de la República.
- El artículo 15° de dicha ley establece que la Comisión Permanente o Especial de Procedimientos Administrativos Disciplinarios –o al órgano que haga sus veces– de cada entidad estatal, es la encargada de investigar, procesar y sancionar a los funcionarios que cometan alguna infracción contenida en el código.
- Los artículos 10°, 11° y 12° del código, así como el Título IV de su reglamento, regulan las sanciones y el procedimiento disciplinario a seguir en caso de violación de alguno de los principios, deberes o prohibiciones señalados.

El Código de Ética de la Función Pública peruano tiene naturaleza ético-jurídica

Cabe notar que este código es de aplicación para toda la actividad que despliega la administración pública; es decir, abarca el ejercicio de la función pública en todos los niveles y ámbitos estatales (Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Ministerio Público, órganos constitucionalmente autónomos, etc.). Sin embargo, como se muestra a continuación, esto no ha sido obstáculo para que algunas entidades estatales en específico –como el Poder Judicial y el Ministerio Público– creen códigos de ética que regulen la actuación debida de sus funcionarios.

#### 1.5.4 El Código de Ética del Poder Judicial

En el ámbito específico del ejercicio profesional del juez como funcionario público, existe el Código de Ética del Poder Judicial (CEPJ), aprobado en acuerdo de sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de marzo de 2004.

Este código (como la mayoría de los códigos de ética judicial del mundo), reconoce en su artículo 2°, cinco principios rectores de la actividad judicial:

Justicia

Independencia

Imparcialidad

Honestidad

Integridad

Estos principios son la base de interpretación de las demás pautas de comportamiento vinculados con la ética judicial.<sup>59</sup>

59 SOSPEDRA, Op. cit. p. 490.

Destacan aquí los principios de independencia e imparcialidad, por ser los que juegan un papel protagónico en la labor de administración de justicia por parte de los magistrados del Poder Judicial. Estas son las virtudes o valores que, con singularidad, debe cultivar un buen juez en el ejercicio propio de sus funciones. Un juez independiente es aquel quien frente a un caso decide sin responder a consideraciones o influencias externas (sean políticas o económicas) o internas (presiones dentro de la propia estructura del Poder Judicial, por ejemplo sus superiores jerárquicos).<sup>60</sup> Un juez es imparcial, por su parte, cuando se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.<sup>61</sup> En perspectiva histórica, desde que la resolución de los conflictos se transformó en heterónoma se demanda como esencia del tercero su cualidad de independiente e imparcial.<sup>62</sup>

Además de los principios rectores mencionados, el CEPJ establece otros deberes éticos para los jueces entre los que se encuentran el deber de no participar en actividades de índole política (artículo 6°), de diligencia (artículo 7°), el deber de transparencia (artículo 8°), el deber de actuar con decoro y respetabilidad (artículo 9°), etc.

Dentro de estos principios éticos cabe destacar el contemplado en el artículo 5° del CEPDJ: “El juez no debe valerse del cargo para promover o defender intereses particulares, ni transmitir, ni permitir que otros transmitan la impresión de que se hallan en una posición especial para influenciarlo”. Este artículo erige la prohibición ética del “conflicto de intereses”, impidiendo al juez que acepte intervenir en situaciones que podrían llevarlo a tener intereses en conflicto. Por ejemplo, estaría prohibido que acepte viajes de ciertos estudios jurídicos que luego serán o son parte de algún proceso que él conozca.

En cuanto a la naturaleza de las normas del Código de Ética del Poder Judicial peruano es preciso analizar tanto la instancia que aprobó su creación y el medio empleado para ello, así como las potestades de la instancia de control previstas para el cumplimiento del código.

Con respecto a la instancia que aprobó la norma, el CEPJ fue aprobado por sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de marzo de 2004. Esto llevaría a pensar que posee una naturaleza meramente ética. Sin embargo, el CEPJ establece al Comité de Ética Judicial como la instancia de supervisión de las normas contenidas en él, aunque sin otorgarle potestades coercitivas. Es más, el CEPJ enfatiza en su artículo 12° la naturaleza ética del código y la potestad, preferentemente consultiva y de observación, de este comité.

A pesar de ello, el Comité de Ética Judicial guarda indirectamente cierta potestad coercitiva puesto que puede poner en conocimiento de los órganos de control (OCMA u ODICMAS) aquellos irregulares que haya observado en la conducta de un juez (quejado por los usuarios o sometido a observancia de oficio), siempre que estos constituyan una infracción grave.<sup>63</sup>

**En conclusión, podemos afirmar que el Código de Ética del Poder Judicial tiene naturaleza mixta; es decir, detenta tanto elementos de normas meramente éticas como elementos de normas ético-jurídicas**

60 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Ética judicial y corrupción*. Op. cit. p. 3. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a un juez independiente contiene los siguientes mecanismos de protección: 1) garantía contra presiones externas, 2) adecuado proceso de nombramiento y 3) inamovilidad en el cargo [Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Junio de 2009, Serie C N° 197, párr. 70].

61 Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56.

62 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Loc. cit.

63 MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. p. 10.

### 1.5.5 El Código de Ética del Ministerio Público

Respecto de la específica función pública que cumplen los servidores públicos del Ministerio Público, existe el Código de Ética del Ministerio Público (CEMP), aprobado mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 018-2011-MP-FNJFS, del 18 de marzo de 2011.

Al igual que en el CEPJ, en el CEMP se establecen una serie de principios éticos que todo personal del Ministerio Público debe observar para realizar un correcto desempeño del cargo. Se reconocen los siguientes principios:

- Humanidad
- Justicia
- Igualdad
- No arbitrariedad
- Probidad
- Honestidad
- Veracidad
- Objetividad
- Independencia
- Imparcialidad
- Transparencia
- Prudencia
- Reserva
- Decoro
- Coraje moral
- Responsabilidad
- Competencia
- Diligencia
- Dedicación
- Respeto
- Trabajo en equipo
- Liderazgo

En cuanto a la naturaleza de las normas contenidas en el CEMP, no cabe duda de que estas son de naturaleza meramente éticas, dado que este código fue creado por una norma administrativa de la propia entidad y no establece ningún órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de los principios éticos recogidos en el código.

# La parte general de los delitos contra la administración pública

El presente capítulo analiza algunos elementos generales que deben ser comprendidos para un adecuado estudio sobre las consecuencias penales por comisión de delitos contra la administración pública. Estos elementos son; el bien jurídico protegido, la titularidad del bien, el carácter especial de estos delitos, el problema con los delitos de encuentro, la autoría y participación, y el título de imputación de la intervención del particular.

## 2.1 El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Antes de hacer una pequeña reseña de cada postura y explicar cuál es considerada como la más adecuada, conviene adelantar que en este acápite no serán analizados los bienes jurídicos que, de manera específica, protege cada tipo penal, sino que se abordará el bien jurídico protegido, de forma general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Así, es posible identificar tres posturas:

- La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto al bien jurídico ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.
- Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto a la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas.<sup>64</sup>
- El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública). Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia. Debe entenderse a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho cumpla con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la administración pública en sí, en tanto órganos o instituciones sino a la administración en sentido funcional, en tanto su función se orienta a hacer realidad los fines del Estado constitucionalmente establecidos.<sup>65</sup> Referidos y reflejados, en gran medida, en el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos y, por lo tanto, a la satisfacción plena de sus derechos y libertades.

64 REAÑO PESCHIERA, José. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2009, pp. 29-30. Esta perspectiva teórica es planteada por JAKOBS, Günther, citado por VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 35.

65 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Grijley, 2011, p. 5

### EJEMPLO

Si un fiscal acepta dinero del abogado para archivar un caso contra un imputado, se estaría cometiendo un delito de cohecho y, con ello, vulnerando, en primer lugar, el correcto funcionamiento de la administración pública.

EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SERÍA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En segundo lugar, este delito supondría la vulneración del derecho al debido proceso de la parte civil, así como el derecho a la igualdad de armas al momento de defender su posición dentro del proceso.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO E IGUALDAD DE ARMAS SERÍAN LOS FINES DEL ESTADO

El bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado<sup>66</sup>

Esta es la perspectiva de bien jurídico considerada la más adecuada y que se utilizará a lo largo de este manual.<sup>67</sup>

El bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” es supraindividual, es decir:

- Su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto.
- Es indisponible por un sujeto privado.<sup>68</sup> Por esta razón, será ineficaz el consentimiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.<sup>69</sup>

Esta posición ha sido recogida por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre prescripción de la acción penal:

### JURISPRUDENCIA

#### **Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010 (Fundamento 14°)**

“(...) no todos los delitos comprendidos allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo con el correcto funcionamiento de la administración pública (...)”

66 MEINI, Iván. “Delitos contra la administración pública”. En: *Delitos contra la Administración Pública*. Guatemala: USAID, 2008, p. 7.

67 Esta misma postura es compartida por autores como Ramiro Salinas Siccha, Fidel Rojas Vargas, Iván Meini Méndez.

68 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 188-189.

69 Al respecto, se puede encontrar información más detallada sobre la disponibilidad del bien jurídico en los delitos contra la administración pública en; VÁSQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando. “El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo)”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

### 2.1.1 Titularidad del bien jurídico

En relación con la titularidad del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción, existen dos grandes posturas:

- El titular del bien es el Estado. Esta es la posición dominante y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.
- Los titulares son los ciudadanos. Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, afectando los derechos de los administrados y de la colectividad en general.<sup>70</sup> Una postura contenida en aquella es la que considera que la conducta penalmente relevante de un delito contra la administración pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo.

Sin embargo, los autores de este manual difieren de ella ya que los delitos contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo. Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. Además, no debe confundirse la finalidad político criminal (que sería en última instancia la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos) con el objeto jurídico de protección del delito. Por este motivo, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública no es el derecho fundamental específico lesionado.

Así, la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública –a través de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos específicos de cada tipo penal– hace, a su vez, peligrar la función prestacional del Estado.

Con respecto a la afectación de la función prestacional del Estado por parte de los delitos contra la administración pública, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia recaída en el expediente N°00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012 señala que:

“La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho Penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”. A su vez, este tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. La intervención en derechos fundamentales que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública”. Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración.”

## 2.2 Concepto de funcionario público

La calidad de funcionario público no es accidental sino que, su conducta, es un elemento fundamental de la sanción penal de los delitos de corrupción. En esta medida, todo análisis de una acción de corrupción debe partir por identificar al funcionario público. Pero, ¿quién es funcionario público?

70 ASUA BATARRITA, Adela. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”. En: *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 25.

### 2.2.1 Autonomía del concepto de funcionario público

En primer lugar, al momento de definir al funcionario público en el marco de los delitos de corrupción debe tomarse en consideración la autonomía del término en el ámbito penal.

El contenido del concepto de funcionario público ha tenido un trato diferente dependiendo del área del Derecho que lo regula. Por ejemplo, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución y del artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Estas normas establecen una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión). Esta definición ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa.<sup>71</sup> Así:

- El artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta
- El artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta

Por el contrario, como se verá más adelante, en el ámbito del Derecho Penal, la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo. Para el Derecho Penal no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado.<sup>72</sup> En otras palabras, para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal, es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública.

El concepto de funcionario público utilizado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, respondiendo este a criterios de valoración estrictamente penal<sup>73</sup>

### 2.2.2. Concepto de funcionario público

Sobre la base de lo señalado, resulta necesario utilizar un concepto que sea funcional a la protección del correcto y normal funcionamiento de los servicios de la administración pública en favor de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la doctrina<sup>74</sup> ha reconocido como los elementos del concepto de funcionario público los siguientes:

- La persona deberá ser incorporada heterónomamente a la actividad pública (título habilitante)
- La persona debe ejercer la función pública o tener la posibilidad efectiva de hacerlo

71 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2001, p. 29.

72 Cfr. OLAIZOLA FUENTES, Inés. “Concepto de Funcionario público a efectos penales”. En: Adela Asua Batarrita (coordinadora). *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 77.

73 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ídem. p. 30; DONNA, Edgardo. “El concepto de funcionario público en el Código penal peruano”. En: *Revista peruana de Ciencias Penales*, N° 11-12, Año VII-VIII. Lima: Idemsa, 2000, pp. 261-273; OLAIZOLA FUENTES, Inés. Ídem, p. 77.

74 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ídem. pp. 19-39.

Sin embargo, por las razones expuestas a continuación, conviene utilizar los siguientes elementos:

- Incorporación heterónoma a la función pública
- Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo

### **La incorporación heterónoma a la función pública**

La incorporación heterónoma a la función pública significa que el funcionario público adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que –distinta al propio funcionario– ostente el poder suficiente para vincular al nuevo servidor con la administración pública.

En otras palabras, el título habilitante de incorporación consistirá en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado.<sup>75</sup>



Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública.<sup>76</sup> Así entendemos:

- **Selección:** Elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El juez que es elegido por concurso público dirigido por la CNM.
- **Designación:** Destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del despacho presidencial.
- **Elección:** Nombramiento que regularmente se hace a través de un proceso de votación. Ejemplo: El congresista que es elegido por elección popular.

Esta posición es la planteada por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC):<sup>77</sup>

**ARTÍCULO I DE LA CICC:**

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

- “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.
- “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”.

75 Cfr. MEINI, Iván. Ídem. p. 16.

76 Ibidem.

77 Ratificada por el Estado peruano, el 6 de abril de 1997.

Estas formas de acceso a la función pública son igualmente reconocidas por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC):<sup>78</sup>

### ARTÍCULO 2 DE LA CNUC

“A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

- 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. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o 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;”

Así, una interpretación conjunta de ambos tratados lleva a postular la incorporación heterónoma a la función pública, resaltando las siguientes características:

- **No importa la denominación o nomen iuris:** La CICC ha buscado abarcar los distintos conceptos utilizados por los ordenamientos jurídicos de la región.<sup>79</sup> En esta medida, ha dejado claro que no importa el nombre formal que se le otorgue al funcionario para que el Derecho Penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el Derecho interno de los estados.
- **Título habilitante:** Tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo expuesto anteriormente sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, ya que señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.
- **Irrelevancia del nivel jerárquico:** Como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.
- **Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo**

Como se puede observar, el requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa, es decir, excluye de la categoría de autores de los delitos de corrupción a las personas que no hayan sido incorporadas heterónomamente a la función pública.

<sup>78</sup> Ratificada por el Estado peruano, el 16 de noviembre de 2004.

<sup>79</sup> Cfr. MEINI, Iván. Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública. Op. cit. p. 4.

Ahora bien, existen dos supuestos de casos que generan dificultades: Los funcionarios de facto y aquellos que usurpan funciones públicas de manera unilateral. En el primer caso, se trata de un particular que es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable<sup>80</sup> y/o inexistente. Por otro lado, en lo que respecta al usurpador de funciones, se hace referencia a los casos en que un sujeto, por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la posición de funcionario. A través de dos ejemplos, se aportará la solución a estos complejos casos:

## EJEMPLO

### El funcionario de facto o de hecho

El 17 de enero de 2001 se difundió un video donde se aprecia cómo Vladimiro Montesinos (quien formalmente no era jefe del SIN sino Asesor II de la Alta Dirección de dicho órgano) le entregó a Luis Bedoya de Vivanco, candidato al cargo de alcalde de Miraflores, la cantidad de US\$ 25,000 dólares americanos, pertenecientes a los fondos públicos del SIN con el objetivo de financiar su campaña electoral municipal en 1998.

#### ¿Podía Bedoya de Vivanco ser considerado funcionario público?

Bedoya de Vivanco al momento de los hechos, no había sido incorporado a la función pública de forma heterónoma, ya que era un candidato sin vínculo material con la administración pública. Por ello, no podría ser considerado funcionario público. Esta fue la razón por la cual no pudo ser procesado como autor calificado o *intrañeus* de algún delito contra la administración pública.

#### ¿Podía Montesinos Torres ser considerado un funcionario público para efectos del delito de peculado?

El Tribunal Constitucional, ratificando lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, dispuso lo siguiente:

“(...) Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal”.<sup>81</sup>

De esta manera, al existir un título habilitante material, porque el expresidente Fujimori incorporó a Montesinos Torres en la cúpula del SIN (incorporación heterónoma por designación), permitiendo su acceso y disposición a los fondos públicos de dicha entidad, sí es posible considerarlo funcionario público.

En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, debe ser considerado funcionario público en el delito de peculado.

80 Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Sobrino Martínez. *Delitos contra la Administración Pública*. Barcelona: Bosch, 2008, pp. 37-50.

81 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente 2758-2004-HC/TC (Fundamento 10°).

**EJEMPLO****El usurpador unilateral de funciones**

Un sujeto compra la vestimenta de un policía de tránsito para utilizarla en su beneficio, detiene un automóvil que no tiene el SOAT y le exige al conductor la entrega de dinero a cambio de no sancionarlo con la multa respectiva.

**¿Puede ser considerado como funcionario público y responder como autor del delito de cohecho este sujeto?**

Es importante tener en cuenta que el sujeto se coloca, de forma ilegítima, en la posición de un funcionario público. Al no haber sido incorporado de forma heterónoma y con un título habilitante a la función pública sino que, por propia iniciativa, se hace pasar por funcionario; no podrá contar con el poder para vincular al Estado y, por tanto, no debe ser considerado funcionario público.

**La posibilidad efectiva de desempeñar el cargo**

Cuando se analiza si una persona puede o no ser considerada funcionario público en los términos del Derecho Penal, más que un ejercicio de la función pública debe hablarse de una posibilidad efectiva de ejercicio de la función pública, ya que con la sola posibilidad real se podrá lesionar el bien jurídico protegido en estos delitos. La posición de cercanía al bien jurídico protegido no requiere de un ejercicio, sino de la posibilidad efectiva (y no irreal o abstracta) de ejercitar el poder otorgado al momento de la incorporación en el organigrama público. En otras palabras, cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento. Este vínculo configura la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo.

Este elemento también está presente en la CICC cuando en lugar de utilizar la expresión “seleccionado, designado o electo que desempeñe actividad”, ha decidido estipular lo siguiente; “seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones (...)”. La preposición “para” es una evidente manifestación de que la voluntad del legislador (en este caso, los estados parte) ha sido que se incluya al funcionario que tenga la posibilidad efectiva del desempeño del cargo.

**EJEMPLO****El funcionario público electo**

El artículo 47° del Reglamento del Congreso dispone que “el periodo parlamentario comprende desde la instalación del nuevo congreso, hasta la instalación del elegido en el siguiente proceso electoral”.

Alberto Kouri Bumachar<sup>82</sup> fue candidato al Congreso de la República para el periodo 2000-2005. El 9 de abril de 2000 se realizaron las elecciones presidenciales y congresales, siendo este elegido para el cargo de congresista de la República. No obstante, el 5 de mayo del mismo año, Kouri Bumachar se reunió con Vladimiro Montesinos y recibió dinero para cambiarse a las filas del fujimorismo.

82 Cfr. Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 12 de febrero de 2003, recaída en el expediente 06-2001.

La lista oficial de congresistas fue publicada por el Jurado Nacional de Elecciones el 3 de junio, asumiendo estos funcionarios el cargo con fecha 28 de julio.

### **¿Debía ser considerado funcionario público Alberto Kouri Bumachar?**

El Derecho Penal, como se ha señalado, maneja un concepto autónomo de funcionario público, distinto al previsto en el Reglamento del Congreso. Dado que Kouri Bumachar se encontraba tan cerca de la administración pública que era capaz de vincular materialmente al Estado con sus actos, sí debe ser considerado funcionario público. Cuando Kouri se reunió con Montesinos, ya había sido elegido como congresista. A pesar de que no ejerció ni desempeñó el cargo público, Kouri Bumachar se encontraba en la posición de dominio que le permitía acceder y lesionar el bien jurídico. Son irrelevantes, por tanto, las normas administrativas que establezcan formalidades.

Estas son las consideraciones más importantes que el Derecho Internacional establece como concepto de funcionario público para efectos penales. Sin embargo, es posible encontrar otros elementos que no dejan dudas de una comprensión extensa de la calidad de funcionario público para efectos punitivos.

De esta manera, haciendo una interpretación conjunta de los instrumentos internacionales, se puede decir que el funcionario público queda caracterizado por lo siguiente:<sup>83</sup>

- Ser un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, es decir, no interesa el lugar donde se ejerza la función pública
- Haber sido designado, seleccionado o elegido. Conviene señalar, dentro de la modalidad “elección”, al funcionario seleccionado, ya que un proceso de selección culmina con la elección de la autoridad competente. Sin embargo, a efectos esclarecedores se pueden diferenciar estos conceptos, como lo hace la CICC.
- El cargo puede ser permanente o temporal
- El sujeto puede percibir una remuneración por ser servidor público, pero puede ser también un cargo honorario
- No importa la antigüedad en la función pública
- Es funcionario público todo aquel que desempeñe o esté en posibilidad efectiva de desempeñar una función pública
- Todo funcionario público según el Derecho Interno

### **2.2.3 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados**

El artículo 425° del Código Penal hace referencia al concepto de funcionario; sin embargo, este cuerpo normativo, lejos de fijar un concepto único<sup>84</sup> o una lista cerrada de lo que es un funcionario público, establece, en casi la totalidad de su extensión, una lista casuística y abierta, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos según lo previsto en la Constitución y la ley.

83 Ídem. p. 5.

84 A diferencia del artículo del Código Penal español que propone una definición de funcionario público.

“Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional
6. Los demás indicados por la Constitución política y la ley”

Es importante destacar de este artículo que los numerales 2, 3, 4 y 5 incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional, reafirmando la noción amplia y autónoma que señala este manual para el Derecho Penal. Es más, el numeral 4 (administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente) plasma de manera clara y precisa el hecho de que al Derecho Penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados.

Ahora bien, el numeral 3 considera funcionarios públicos a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado. En este sentido, la norma penal está incluyendo al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público que trabaje ad honorem (caso de la primera dama de la nación que ejerce alguna función pública sin percibir retribución económica), a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante pre profesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal pero sí un vínculo real-material con la función pública.

Por otro lado, se debe destacar que el artículo 425° haya utilizado los tres títulos habilitantes, a los que nos hemos referido en líneas anteriores, para la incorporación a la función pública, siempre que se den de forma heterónoma incluyen a todas las formas posibles de acceso a la administración pública.<sup>85</sup>

- Selección (numeral 1, 3, 5)
- Designación (numeral 3 y 4)
- Elección (numeral 2)

Sin perjuicio de lo expuesto, se podría sostener que, si bien el artículo 425° refuerza el elemento de la incorporación heterónoma a la función pública, aparentemente niega el elemento de la posibilidad efectiva de desempeñar un cargo público, porque exigiría (en sus numerales 2 y 3) la efectiva asunción de funciones.

85 Cfr. Supra. Concepto de Funcionario Público. Elementos del Concepto. A. Incorporación Heterónoma a la Función Pública.

Esta interpretación es contraria al sentido de los delitos contra la administración pública; en primer lugar, porque la cercanía con el bien jurídico, y con ello la posibilidad real de afectación a la administración pública, se da incluso sin la efectiva asunción de funciones. Pero, en segundo lugar, porque, como se verá más adelante, es contraria a los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, en concreto, con la Convención Interamericana contra Corrupción<sup>86</sup> (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Finalmente, el numeral 6 del Código Penal representa una clausula abierta de vital importancia en la lucha contra la corrupción, al establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley. ¿Qué norma de rango constitucional o legal nos brinda un acercamiento al concepto de funcionario público del Derecho Penal? De una revisión de nuestro ordenamiento jurídico, puede afirmarse que las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55° de nuestra Constitución que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.<sup>87</sup>

Así, las disposiciones ya reseñadas de los artículos 1° y 2° de la CICC y el artículo 2° de la CNUC son normas autoaplicativas o de aplicación inmediata (*selfexecuting*) y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por los operadores del Derecho cuando determinen quién es funcionario público.<sup>88</sup>

### **¿QUÉ ES UNA NORMA AUTOAPLICATIVA, DE APLICACIÓN AUTOMÁTICA O SELFEXECUTING?**

En el Derecho Internacional existen normas autoaplicativas y normas no autoaplicativas o programáticas.

Una norma autoaplicativa es aquella norma completa, es decir, que puede ser aplicada o que despliega sus efectos de manera inmediata, sin la necesidad de algún acto legal adicional. Las normas no autoaplicativas, por el contrario, requieren de un desarrollo legislativo posterior para su aplicación.

Para que una norma sea autoaplicativa es necesario que cumpla con lo siguiente:

- Que otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigido ante el juez
- Que sea lo suficientemente específica para poder aplicarse judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de recurrir a alguna norma adicional<sup>89</sup>

En conclusión, las normas internacionales referidas al concepto de funcionario público son auto-aplicables, toda vez que representan definiciones completas, claras y específicas, siendo su cumplimiento un deber del operador judicial, ya que su omisión generará la responsabilidad internacional del Estado peruano.

86 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe: *Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio\\_final\\_peru.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_peru.htm). Revisado el 12/02/13.

87 En el mismo sentido, la Ley 26647, la cual 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, de acuerdo al artículo precedente.

88 En cualquier caso deben ser consideradas disposiciones que funcionan como criterios de complementación hermenéutica al tratarse de un concepto (el de funcionario público) normativo del tipo penal.

89 Cfr. ÇANCADO TRINTADE, Antônia. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Citado por: BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Ibidem*.

Esta posición ha sido asumida por la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006, en relación a la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. La Corte señaló:

“(...) 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 o de sus entidades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos, indicando que se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (...)”

A todo lo anterior, se debe agregar que este razonamiento no representa ni una integración analógica de la norma ni la aplicación de una ley penal en blanco.

- **No es integración analógica:** La integración analógica consiste en la aplicación de la consecuencia de la norma jurídica a un supuesto de hecho distinto a esta.<sup>90</sup> Además, como todo método de integración, la analogía opera frente a una laguna del Derecho. En el presente ejemplo se está interpretando, no integrando, un elemento objetivo del tipo funcionario público.
- **No es aplicación de ley penal en blanco:** Este razonamiento no implica una remisión que rellene un vacío dejado por un elemento faltante que se encuentra fuera del tipo penal (remisión en bloque o ley penal en blanco),<sup>91</sup> sino que implica un elemento que requiere, para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, la ayuda de alguna norma.<sup>92</sup> Esto se denomina remisión interpretativa.

El concepto de funcionario público es un elemento normativo del tipo<sup>93</sup> que requiere para su entendimiento que el operador jurisdiccional utilice otras normas penales del ordenamiento peruano como, por ejemplo, el artículo 425° del Código Penal, el artículo 1° de la CICC y el artículo 2.a de la CNUCC

90 Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: PUCP, 2009, p. 264 y ss.

91 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del delito económico”. En: *Revista Penal*. Huelva: Tomo 21, enero 2008, p. 4. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/338/329>. Consulta: 14/02/13.

92 Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid: Universitas, 2004, p. 351. En un sentido similar: GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20\(Documentos\)/Num\\_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf). Consulta: 14/02/13, p. 72.

93 Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. cit. p. 352. Cabe recordar que todos los tipos penales tienen elementos descriptivos del tipo y elementos normativos. Los primeros pueden ser conocidos con el común saber empírico, mientras que los segundos requieren de una norma para la correcta comprensión de su alcance y definición.

## 2.3 Los delitos contra la administración pública como delitos especiales

Como se ha visto, el elemento del tipo “funcionario público” es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. En esta medida, el presente acápite analiza el concepto de delito especial, el fundamento de los delitos especiales, y las clases de delitos especiales; todo ello en correspondencia con los delitos de corrupción.

### 2.3.1 Delitos especiales: Concepto simple vs. concepto complejo

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto “delito especial”:

- **Delito especial en sentido simple:** Según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal.<sup>94</sup>
- **Delito especial en sentido complejo:** Este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial.

De una primera mirada, parecería sensato afirmar que los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple, toda vez que delimitan el círculo de autores y con ello, como se ha detallado en apartados anteriores, se protege eficientemente el correcto funcionamiento de la administración pública.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales<sup>95</sup>, criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal”.<sup>96</sup>

Así, no se puede negar que el concepto simple de delito especial brinda una herramienta útil para analizar estos delitos, ya que distingue su único rasgo común; la inidoneidad para ser cometidos por cualquier sujeto.<sup>97</sup>

Sin embargo, también es necesario analizar los delitos especiales en sentido complejo, pues no debe olvidarse que un concepto formal sin fundamentación carece de sentido. Formulado con otras palabras, el concepto simple es solo la puerta de entrada a la problemática de los delitos especiales cuya comprensión obliga a conocer el motivo de la delimitación del círculo de autores (es decir, incorporar el concepto complejo). La determinación de este fundamento debe permitir responder algunos aspectos problemáticos que plantean los delitos especiales que serán, posteriormente, analizados.

94 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006, p. 27.

95 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. “La teoría de los delitos de infracción de deber”. En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; Tomo 19, enero 2011, p. 81; CARO JOHN, José Antonio. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf). Consulta: 08/02/13; REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit. p. 23 y ss.

96 Destaca la sentencia del 20 de julio de 2009 recaída en el expediente AV-23-2001 emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en contra de Alberto Fujimori Fujimori. p. 35. Pie de Página 3.

97 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 16.

¿Cuál es el fundamento de la restricción legal del círculo de autores en los delitos especiales? Esta pregunta exige recordar que existe una gran variedad de delitos que pueden ser incluidos en la nomenclatura de delitos especiales. ¿Tienen todos ellos el mismo fundamento material? Parece claro que no, que hay distintas clases de delitos que presentan diversos motivos y razones por los que el legislador decidió acotar el número de autores a un grupo con cualidades especiales. En este contexto, existen diversas clases de delitos especiales en sentido complejo, que responden a fundamentos materiales distintos. Este manual se limita al de los delitos funcionariales especiales.

Pese a ello, antes de abordar la clasificación de los delitos especiales en sentido complejo, es necesario hacer un breve reencuentro de las principales posturas sobre el fundamento de estos delitos. Así quedarán expuestas las dos teorías que mayor acogida han tenido por la doctrina y que, además, han sido asumidas por la Corte Suprema de la República y por las cortes superiores de Justicia: a) la infracción de deber y b) el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

### **Delitos especiales como delitos de infracción de deber**

Una primera postura, la teoría de la infracción de deber, fue planteada como un criterio de la autoría alternativo al llamado dominio del hecho.<sup>98</sup> Así, el fundamento de la autoría en algunos delitos ya no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal que es infringido. En este sentido, los criterios de dominio del hecho e infracción de deber son completamente independientes entre sí, y su diferenciación vendría impuesta por la ley.<sup>99</sup>

Tomando en cuenta lo anterior, será autor de delitos especiales en sentido complejo quien infringe un deber previo al plano de la norma penal contenido casi siempre en normativa extra penal o infracción del deber y no quien tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho.<sup>100</sup>

#### **EJEMPLO**

El autor del delito de cohecho pasivo será el funcionario público que infrinja su especial deber de fidelidad y lealtad a la función pública, previstos en el Código de Ética de la Función Pública y normativizados a través del artículo 393° del Código Penal.

Por el contrario, será partícipe de estos delitos todo interviniente que no tenga este deber extra penal, aunque tenga dominio del suceso fáctico.

Cabe señalar que para esta posición, planteada por el profesor Roxin, todos los delitos especiales se caracterizan porque el autor es quien tiene una posición de deber extrapenal, motivo por el cual se utiliza el concepto “delitos de infracción de deber” en lugar de delitos especiales en sentido complejo.<sup>101</sup>

#### **JURISPRUDENCIA**

##### **Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Antecedente 1**

“Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo

98 Cfr. ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, pp. 385-434.

99 Cfr. Ídem. p. 420.

100 Cfr. Ídem. p. 386.

101 Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. p. 338.

los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros –denominados delitos de dominio–. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

Una segunda postura que complementa a la teoría de la infracción de deber, es la seguida por Jakobs y sus discípulos, esta señala que existen dos tipos de deberes (correspondientes a dos ámbitos de competencia):<sup>102</sup>

- **Competencia por organización:** Correspondiente a los deberes de todo ciudadano de no dañar a nadie (deberes negativos). La norma se dirige al ciudadano con la expectativa de que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo. Pertenecen a esta categoría los delitos comunes o de dominio.
- **Competencia institucional:** Correspondiente a los deberes que nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos).<sup>103</sup> Estos no se limitan a no dañar, sino que implican una prestación de ayuda y fomento.<sup>104</sup> Esencialmente se pueden distinguir dos tipos de deberes positivos: los familiares (por ejemplo, los de la madre con la salud del hijo) y los estatales<sup>105</sup> (por ejemplo, los del funcionario con el correcto funcionamiento de la administración pública).

Del esquema anterior, se desprende claramente que los delitos de corrupción deberían calzar dentro de los delitos por infracción de un deber positivo-institucional (deber estatal). Como consecuencia de esto, el estatus de funcionario deja de ser un simple elemento agravante, y se convierte en la esencia del delito contra la administración pública.<sup>106</sup>

### **Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico**

La teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico<sup>107</sup> parte por preguntarse cuáles son las necesidades político-criminales detrás de la decisión del legislador de elaborar un delito especial.<sup>108</sup>

En esta línea, esta perspectiva sostiene que el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no solo en la infracción de un deber formal extra penal o institucional (como lo sostiene la teoría de la infracción de deber), sino en una relación especial de dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Este dominio se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado,<sup>109</sup> es

102 Cfr. JAKOBS, Günther. “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 343-363.

103 Ídem. p. 348.

104 Cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier. “Delitos de infracción de deber”. En: Eduardo Montealegre Lynett (coordinador). Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. *El funcionalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 275.

105 Cfr. *Ibidem*.

106 A pesar de todo lo expuesto hasta aquí, esta postura ha sido criticada de forma reiterada por la doctrina. Para más información: RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Delitos especiales de Dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Granada: Comares, 2010. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el Delito: Fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito*. Barcelona: Indret, 2011. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>. Consulta: 22/02/13; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. En la doctrina peruana: PARIONA ARANA, Raúl. “La teoría de los delitos de infracción de deber”. En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; Tomo 19, enero 2011. SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit. En el presente manual, esta postura no será adoptada.

107 Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”. *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia*. Bogotá: 2004, N° 75, vol. 25, pp. 13 – 25.

108 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 202.

109 *Ibidem*.

decir, en la cercanía o proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le permite tener la capacidad de afectarlo desde la organización estatal.<sup>110</sup> En este sentido, es la función del autor frente a la especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico, lo que favorece que tenga el dominio del resultado lesivo.

### EJEMPLO

Un juez tiene la función de impartir justicia (servicio público). De esta forma, de él depende –situación de vulnerabilidad– que la administración pública funcione correctamente (específicamente en el ámbito jurisdiccional que le corresponde). En esta medida, el juez que recibe dinero de un abogado para que agilice un proceso, será autor del delito de cohecho pasivo en virtud de su dominio sobre el bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la administración de justicia).

Ello resulta pertinente en los casos de los delitos de corrupción, porque el funcionario ejerce un control especial sobre el suceso que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública; a raíz de la posición interna y del poder estatal del que dispone el funcionario.<sup>111</sup>

Esta tesis también ha sido acogida por Pleno Jurisdiccional Superior Penal:

### JURISPRUDENCIA

#### **Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004. Tema 5, Acuerdo Primero**

“Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate. (...) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado”.

#### **El presente manual se acoge a la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico:**

- La posición de garante no se debe SOLO a la formalidad del estatus (una posición que ocupa el sujeto en la sociedad o institución), sino SOBRETUDO al ejercicio material del mismo, es decir, a las distintas funciones a través de las cuales el sujeto asume libremente la responsabilidad por el bien jurídico.<sup>112</sup> A ello se suma pues la necesidad de verificar el dominio efectivo sobre el fundamento del resultado
- El dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico es el fundamento de un grupo MAYORITARIO de delitos especiales (donde se encuentran los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos) pero no de todos. Este manual, abordará solo la dinámica de los delitos funcionariales o especiales de posición institucionalizada.<sup>113</sup>

110 Cfr. DONNA, Alberto. Op. cit. p. 273.

111 Cfr. Ídem. p. 24.

112 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I. Teoría General*. Zaragoza: Pressas universitarias, 1985, p. 364 y ss; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 23.

113 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. pp. 520-525. En este mismo sentido: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada: 2012, N° 14-01. pp. 01:1-01:29. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>. Consulta: 04/12/12.

### 2.3.2 Clasificación de los delitos especiales en propios e impropios

Tradicionalmente, los delitos especiales como aquellos contra la administración pública se clasifican en propios e impropios. Así:

- **Los delitos especiales propios:** Caracterizados por que la cualidad especial del autor (funcionario público para los delitos que son materia de este manual) fundamenta la responsabilidad penal. Es decir, si el autor del delito no es funcionario público entonces no existe tipo penal común similar (o subyacente) por el que pueda responder.<sup>114</sup> Ejemplo de ello son los siguientes delitos: El abuso de autoridad, la malversación de fondos, el cohecho pasivo, el enriquecimiento ilícito o el prevaricato.
- **Los delitos especiales impropios:** Caracterizados por que la cualidad especial del autor solamente equivale a un elemento adicional que generalmente, agrava, (aunque a veces) atenúa, la responsabilidad penal ya existente en un delito común. Así, si el sujeto no tiene tal cualidad, responderá inmediatamente por el delito común.<sup>115</sup> Ejemplo de ello son los siguientes delitos: La concusión (en relación con las coacciones o la estafa) y el peculado (en relación al hurto o a la apropiación ilícita).

Ahora bien, ¿es correcto afirmar que algunos delitos de corrupción son delitos especiales impropios?

De acuerdo a lo estudiado hasta ahora, la cualidad de funcionario público no es un elemento meramente modificador de la pena (circunstancias agravantes o atenuantes), sino un elemento “fundamentador” de la responsabilidad penal.<sup>116</sup> Respecto al dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico<sup>117</sup>, el presente manual defiende esta postura, porque la función especial del funcionario público es el núcleo de la responsabilidad penal de estos delitos. Por ello, en nuestra concepción, no es posible hablar de delitos especiales impropios en materia de corrupción.

Se debe tener en cuenta que la teoría de la infracción de deber llega a la misma conclusión, en tanto que para esta tesis la distinción entre delitos especiales propios e impropios es superflua (ambos se fundamentan en la lesión de un deber positivo)<sup>118</sup>

Como consecuencia de ello, es posible afirmar que los mal llamados delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados de los correspondientes delitos comunes, sino que son delitos con autonomía.<sup>119</sup> Asimismo, se debe tomar en cuenta que en estos delitos el sujeto cualificado (funcionario público) también tiene un especial acceso sobre la vulnerabilidad del bien jurídico (el poder para lesionarlo desde la administración pública).

Lo dicho cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el método para determinar la autonomía de los delitos debe ser de naturaleza teleológica, esto es, preguntar por el objeto de la prohibición penal.<sup>120</sup> Dado que el bien jurídico que se protege en los delitos de corrupción es el correcto y normal

114 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 41.

115 Cfr. Ídem. p. 42.

116 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 507.

117 Ver supra.

118 Cfr. GÓMEZ-VERA, Javier. Op. cit. p. 285.

119 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 76.

120 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. pp. 06:19-06:52. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>. Consulta: 25/02/13.

funcionamiento de la administración pública, todos los delitos especiales contra la administración pública son propios y autónomos. Además, que exista algún delito común con el que el delito especial guarde cierta semejanza no es un argumento en contra para reconocer la autonomía de los delitos funcionariales y la relación interna tan particular que existe entre el funcionario público y el bien jurídico protegido.

#### EJEMPLO

- El delito de peculado protege el correcto funcionamiento de la administración pública
- El delito de apropiación ilícita protege el patrimonio

Ante el diferente objeto de protección penal, solo queda afirmar la autonomía entre estos dos tipos penales.

## 2.4 El problema de los delitos de encuentro

El problema de los delitos de encuentro es dogmático respecto a la punibilidad o impunidad de un sujeto particular (*extraneus*) que colabora o contribuye con la conducta del autor (funcionario público).

La solución a la problemática de los delitos de encuentro debe responder a las siguientes preguntas: ¿Debe ser penalmente responsable el sujeto que se limita a hacer lo que el tipo penal presupone? ¿Pueden responder como cómplices o instigadores los intervinientes necesarios, aplicando las reglas generales de la participación criminal? Sobre estas cuestiones se profundizará a continuación.

A efectos de hacer más comprensible la problemática, primero, es conveniente efectuar un acercamiento general a los delitos de intervención necesaria para, posteriormente, confluir en la problemática específica de los delitos de encuentro.

### 2.4.1 Los delitos de intervención necesaria

Se llaman delitos de “intervención necesaria”, de “participación necesaria”<sup>121</sup> o “plurisubjetivos” a aquellos que para la configuración de su tipo penal requieren, imprescindiblemente, la intervención de más de una persona.<sup>122</sup> Es decir, el tipo penal no solo describe la conducta del autor, sino también la conducta de otra persona.

### 2.4.2 Los delitos de convergencia y los delitos de encuentro

Los delitos de “intervención necesaria” han sido clasificados por la doctrina penal<sup>123</sup> en dos clases de delitos:

- **Los delitos de convergencia:** Son aquellos donde las actividades de los intervinientes descritos en el tipo penal se dirigen conjuntamente al mismo objetivo.<sup>124</sup> Es decir, el tipo penal exige la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección.<sup>125</sup>

121 En este manual, al igual que ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 64-65 se prefiere utilizar el término “intervención necesaria”, por ser este más amplio que el de “participación necesaria”, que permite encuadrar tanto las conductas de autoría como de participación (complicidad o instigación) o incluso las meras intervenciones impunes.

122 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares: Granada, 2002, p. 751.

123 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Loc. cit., ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 66 y ss. y CARRASCO ANDRINO, María del Mar. Op. cit. p. 59 y ss.

124 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Loc. cit.

125 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 67.

**EJEMPLO**

El delito de asociación ilícita para delinquir (artículo 317° CP) que sanciona al que forma parte de una organización, de dos o más personas, destinada a cometer delitos.

- **Los delitos de encuentro:** Son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse.<sup>126</sup> Es decir, si bien las acciones de los intervinientes se dirigen a una misma finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria.<sup>127</sup> Es muy importante diferenciar los delitos de encuentro en que el tipo penal está configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido (por ejemplo, en el delito de violación sexual de menor), de aquellos delitos de encuentro en que el tipo penal no está configurado para proteger a la tercera persona concurrente (por ejemplo, el delito de colusión). En el primer caso, es muy claro que el tercero es una víctima del delito y no responde por delito alguno, mientras que, en el segundo caso, como se menciona más adelante, no hay ningún problema para que responda como cómplice o que se investigue según las reglas de la parte general.

La diferencia con los delitos de convergencia es que, en los delitos de encuentro, el interviniente necesario actúa desde una posición distinta de la que actúa el autor. Aquí la conducta del interviniente no “converge” con la conducta del autor para luego vulnerar un bien jurídico, sino que se “encuentra” con la conducta de autor, quien actuó de manera aislada y autónoma

En la presente investigación el análisis se centrará en los distintos supuestos que presentan los delitos de encuentro por ser los más problemáticos en algunos delitos contra la administración pública.

### 2.4.3 Supuestos de delitos de encuentro

Siguiendo, en parte, la clasificación realizada por el Prof. Abanto Vásquez<sup>128</sup> pueden identificarse los siguientes supuestos de delitos de encuentro:

- **Supuestos en los que el interviniente necesario es el titular del bien jurídico protegido por el delito:** Aquí, el tipo penal persigue, precisamente, la protección del interviniente necesario, es decir, presupone para su configuración alguna conducta de la víctima. En estos casos, la doctrina penal<sup>129</sup> es unánime al sostener que el interviniente necesario nunca responderá penalmente como partícipe del delito.

126 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Loc. cit.

127 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 68.

128 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 69 y ss.

129 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 233, Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Op. cit. p. 752, CARRASCO ANDRINO, María del Mar. Op. cit. pp. 139-170 y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 70.

**EJEMPLO**

En el delito de violación sexual (artículo 170° CP), se requiere que la actuación del autor (violador) tenga un contacto con el interviniente necesario (víctima). Este último es el titular del bien jurídico (libertad sexual) que es protegido por el delito, por lo que su conducta será impune.

En este ejemplo es claro que la víctima de una violación sexual debe intervenir en el delito, dado que es precisamente sobre partes de su cuerpo que recae la acción del autor. Sin embargo, dicha intervención, como ya se puntualizó, no es punible.

- **Supuestos en los cuales el delito de encuentro favorece al interviniente necesario:** La persona que es interviniente necesario en el delito se beneficia de la conducta del autor. En estos supuestos, para saber si el interviniente responde penalmente o es impune hay que diferenciar dos tipos de casos:
  - Cuando la ley penal sanciona la conducta del interviniente necesario a través de un tipo penal específico, debe aplicarse el tipo penal específico que sanciona al interviniente como autor. Es decir, se deja impune al interviniente como partícipe de un delito, pero se le sanciona como autor de otro especialmente pensado para sancionar su conducta.<sup>130</sup>

**EJEMPLO**

En estos casos se encuentran los delitos de cohecho activo (artículo 393° CP y ss.), donde se sancionan, mediante distintos tipos penales, a todas las personas que intervienen en el acto de corrupción (funcionarios y particulares).

- Los casos en los que la conducta del interviniente necesario no se encuentra sancionada por la ley penal. Estos han planteado algunos problemas de interpretación entre los jueces y la doctrina pues no queda claro si el legislador pretendió dejar impune su conducta o, simplemente, quiso que se les aplicaran, como a cualquier otro delito, las disposiciones generales de la autoría y participación reguladas en la Parte General del Código Penal (artículo 23° CP y ss.).

**EJEMPLO**

En el delito de tráfico de influencias (artículo 400° CP) se sanciona a la persona que ofrece interceder ante un funcionario a cambio de un beneficio, pero nada se dice sobre la punición o no de la persona que entrega este beneficio.

Precisamente, sobre el análisis de esta clase de supuesto nos centraremos a continuación.

<sup>130</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 77.

#### 2.4.4 Consecuencias contra el interviniente necesario en delitos que lo favorecen sin regulación específica de su conducta en la parte especial del Código Penal

Se han planteado, principalmente, tres tesis sobre las consecuencias que deben recaer contra el interviniente necesario en delitos que lo favorecen, sin que su conducta esté sancionada por un tipo penal específico:

- La tesis de la impunidad
- La tesis de la punibilidad
- La tesis del “aporte mínimo necesario”

##### • La tesis de la impunidad

Esta tesis plantea que en los supuestos de interviniente necesario<sup>131</sup> en los delitos que lo favorecen sin sanción penal específica de su conducta, estos no deben responder penalmente en virtud de los principios generales de igualdad y proporcionalidad.<sup>132</sup>

Respecto al principio de igualdad, se sostiene que el interviniente necesario no respondería penalmente, ya que no se le podrían aplicar las reglas generales de la participación criminal (artículo 23° del Código Penal y siguientes), pues su contribución no sería equivalente a la de un tercero cualquiera que colabora directamente en el injusto central.<sup>133</sup> Se dice, entonces, que aplicar las mismas consecuencias de punición al interviniente necesario y al tercero partícipe vulneraría el principio de igualdad, pues no serían casos que merezcan ser tratados de igual manera.

Por otro lado, en cuanto al principio de proporcionalidad, esta teoría señala que la contribución del interviniente necesario sería solo complementaria a otra conducta expresamente sancionada por el tipo penal. Se señala que el Derecho Penal pretendería sancionar directa y únicamente la conducta del autor que es de la que parte el peligro y donde se concentra su efecto multiplicador o propagador.<sup>134</sup>

#### EJEMPLO

En el caso del tráfico de influencias, solo la conducta del que ofrece la influencia sería la que merece ser sancionada, pues de ella dimanaría el efecto multiplicador del delito hacia otras personas.

La crítica acertada y contundente que ha recaído sobre esta teoría es que el recurso a los principios de igualdad y proporcionalidad es muy inseguro, dada la amplitud de los mismos<sup>135</sup>. Asimismo, resulta equivocado pensar que desde la política criminal es conveniente la impunidad del partícipe periférico. La práctica evidencia un efecto multiplicador de la comisión de esta clase de delitos, que proviene de la conducta frecuente y peligrosa del interviniente necesario.<sup>136</sup> Piénsese, por ejemplo, en las múltiples personas que fueron a buscar al ex asesor presidencial, Vladimiro Montesinos Torres, para que intercediera por ellos ante algún juez que veía sus casos.

131 Denominados por el mayor representante de esta tesis, el alemán Cropp, “partícipes especiales”.

132 Cfr. CARRASCO ANDRINO, María del Mar. Op. cit. p. 114.

133 *Ibidem.* p. 116.

134 *Ibidem.*

135 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 85.

136 *Ibidem.*

- **La tesis de la punibilidad**

De acuerdo con esta tesis, en esta clase de supuestos no existe obstáculo para que, en principio y como regla, el interviniente necesario sea sancionado mediante las reglas generales de la participación (artículos 24° y 25° del Código Penal). Ahora bien, esta corriente teórica incluye dos posturas:

- Aquella que sostiene que, como regla, el interviniente necesario siempre responderá penalmente, salvo que actúe con falta de dolo o su conducta sea estereotipada o inocua; esto es, que se enmarque dentro de su rol.<sup>137</sup>
- La tesis del aporte mínimo necesario: Según esta teoría, cuando el interviniente necesario solamente efectúa una aportación mínima en la realización del tipo penal (de poca magnitud y reducida influencia en la conducta peligrosa del autor), su conducta es impune.<sup>138</sup> Sin embargo, si la actividad del interviniente va más allá del mínimo necesario establecido en el tipo, sí habrá punibilidad de este como partícipe de la conducta del autor.<sup>139</sup> Así, por ejemplo, será punible aquella persona que además de entregar el beneficio al traficante de influencias, lo incentiva o ayuda a interceder ante el juez.

Ahora bien, este manual defiende que, aun cuando ambas teorías probablemente partan de fundamentos penales teóricos distintos, no parecen ser opuestas.

En efecto, toda conducta (sea de autoría o de participación) para ser penalmente relevante debe ser imputable objetivamente; es decir, tiene que crear un riesgo prohibido para el bien jurídico.<sup>140</sup> En este sentido, se debe entender que cuando los autores hablan de un “aporte mínimo necesario” hacen referencia a que estos no generan un riesgo prohibido para el bien jurídico, sino que se enmarcan dentro del “riesgo permitido”. La conducta aquí sería atípica ya que no es objetivamente imputable. En cambio, si el aporte (como cómplice o instigador) del interviniente supone la creación de un riesgo prohibido sí será punible la conducta de dicho interviniente.

## 2.5 La autoría y participación: El problema de la intervención del particular

¿Un ciudadano que no es funcionario público puede ser sancionado penalmente por un delito funcional?

Conforme se señala en el punto 2.3 del presente manual, los delitos especiales exigen una cualidad especial en el autor y una posición especial con respecto al bien jurídico protegido. De esta manera, en la doctrina penal, se reconocen dos vertientes teóricas para solucionar la intervención del particular en esta clase de delitos:

- Las teorías de la impunidad
- Las teorías de la responsabilidad

### 2.5.1 Las teorías de la impunidad

Uno de los máximos representantes de esta teoría es Robles Planas, quien sostiene que el *extraneus* (extraño o ajeno) nunca podrá responder penalmente por un delito especial, dado que su responsabilidad penal es una autónoma o principal, no derivada de la responsabilidad del autor del

137 El mayor representante de esta tesis es el Prof. alemán Jakobs. *Ibidem*.

138 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.* p. 86.

139 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.* p. 80 y MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.* p. 233.

140 Sobre la imputación objetiva de la conducta ver: MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.* p. 254.

delito especial.<sup>141</sup> En otras palabras, esta teoría plantea que la responsabilidad del *extraneus* no es accesoria a la del autor del delito, ya que de acuerdo con el principio de la accesoriidad “positiva” o “principal” de la participación criminal la sanción de los partícipes (inductores y cómplices), se fundamenta en la conducta del partícipe con el propio hecho delictivo y no en la relación de dependencia de la conducta del partícipe con la del autor.<sup>142</sup> Por lo tanto, al ser los delitos especiales –como los delitos funcionariales– delitos en los que el círculo de posibles autores se encontraría limitado a aquellos sujetos sobre los que recaería un determinado deber jurídico especial, solo ellos podrían responder penalmente, pues los *extraneus* no incumplirían ningún deber especial.<sup>143</sup> La conducta del *extraneus* sería, por tanto, penalmente irrelevante.

Las acertadas críticas a esta teoría son, básicamente, dos:

- La tesis de la accesoriidad “positiva”, que plantea Robles Planas para sostener que el partícipe de un delito siempre responde por una conducta autónoma e independiente a la del autor, conlleva a no diferenciar entre autores y partícipes delictivos; es decir, propone un sistema único de intervención delictiva.<sup>144</sup> Este planteamiento, evidentemente, resulta inconstitucional por desproporcional, pero además es contradictorio con nuestro sistema normativo, puesto que el Código Penal peruano, en sus artículos 23°, 24° y 25°, recoge explícitamente el sistema diferenciador que distingue entre autores y partícipes de un delito.
- Al igual que la doctrina penal mayoritaria, este manual apuesta por considerar que el partícipe de un delito debe responder por su propia conducta delictiva, pues el principio de “responsabilidad por el propio hecho” del Derecho Penal así lo exige.<sup>145</sup> Sin embargo, la responsabilidad del partícipe del delito nunca es “autónoma”. Este responde por su propia conducta delictiva, que siempre es complementaria a la del autor (sin autor del delito no hay partícipe del delito). Conforme lo establece la “teoría del favorecimiento”, el fundamento de la sanción penal del partícipe se encuentra en el favorecimiento de la lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico por parte del autor.<sup>146</sup>

En este sentido, la opinión de Rueda Martín acierta cuando afirma que al *extraneus* no se le imputa una conducta delictiva ajena, sino una propia. Los delitos especiales de corrupción pretenden proteger el correcto funcionamiento de la administración pública frente a toda clase de ataques en su contra, de manera que al *extraneus* también le incumbe la prohibición penal,<sup>147</sup> ya que este también puede defraudar las expectativas garantizadas por los delitos de infracción del deber.

### 2.5.2 Las teorías de la responsabilidad

Las teorías de la responsabilidad, defendidas por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria española,<sup>148</sup> sostienen que el *extraneus* que participa en la comisión de un delito especial debe también responder penalmente. Dentro de esta corriente de pensamiento se han reconocido, principalmente, dos tesis:

- **La tesis de la infracción de deber:** Esta pretende explicar la responsabilidad del *extraneus* a partir de su contribución al quebrantamiento de deberes especiales o a la defraudación de expectativas positivas de actuación por parte del *intraeus*. Plantea dos posturas internas:

141 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo citado por GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 401.

142 *Ibidem*.

143 *Ibidem*. p. 402.

144 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 413.

145 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 132.

146 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. cit. pp. 737 y 738.

147 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 97.

148 Así lo afirma GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 433.

- **La postura de Roxin:** El partícipe de un delito de infracción del deber (delito especial) también debe responder penalmente, dado que contribuye a la infracción de un deber especial del autor.<sup>149</sup> La participación se caracterizaría por ser una “cooperación sin infracción de deber”.<sup>150</sup>
- **La postura de Jakobs:** El partícipe de un delito especial puede ser sancionado en virtud de la prohibición ampliada por la regulación de la participación en la Parte General del Código Penal.<sup>151</sup> En los delitos especiales, el partícipe, con su contribución al hecho delictivo, también defrauda expectativas positivas acerca del correcto accionar de los funcionarios públicos, por lo que estos merecen, igualmente, ser sancionados.<sup>152</sup>
- **La tesis de la vulnerabilidad del bien jurídico:** Según esta tesis, el *extraneus* responde penalmente por un delito especial cometido por el *intraneus* a título de autor, ya que, aunque este es un sujeto que formalmente no pertenece a la esfera de posibles autores (por ejemplo, no tiene la cualidad especial de funcionario público), contribuye de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en situación de vulnerabilidad respecto del *intraneus*.<sup>153</sup> Según Rueda Martín, el ámbito de protección del delito especial abarca todos los ataques al bien jurídico, tanto de ataques de un autor *intraneus* (ataque directo) como de ataques de un partícipe *extraneus* (ataque accesorio).<sup>154</sup>

Esta es la tesis defendida en este manual para explicar el fundamento de los delitos especiales.

En efecto, no existe obstáculo alguno para que en los delitos especiales –al igual que en cualquier otro delito– se utilicen las reglas generales de la participación (artículos 24° y 25° CP) para ampliar la sanción de los tipos penales contra aquellos que determinan o contribuyen a que el autor cometa el delito.<sup>155</sup> Es decir, el *extraneus* quebranta un tipo penal ampliado por las reglas generales de la participación, pues, en principio, los tipos penales de la parte especial del Código Penal solo están pensados para las conductas de los autores. El fundamento legal de la punición del *extraneus* es el mismo que el de la punición del partícipe de un homicidio o robo.

La punición del *extraneus* ha sido recogida por el Acuerdo 1° del Tema N° 5 del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004, el cual establece que la sanción del partícipe es siempre, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial), accesoria a la punición del autor.

Del mismo modo, en el fundamento 11° del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del 6 de diciembre de 2011, se estableció que el *extraneus*, aun cuando no puede responder como autor del delito especial, pues no tiene la obligación especial del *intraneus*, sí puede responder penalmente como partícipe (cómplice o inductor)

149 Cfr. ROXIN, Claus. Op. cit. pp. 401 y 402.

150 *Ibíd.* p. 401.

151 Cfr. JAKOBS, Günther. Op. cit. p. 797.

152 *Ibíd.*

153 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 93.

154 *Ibíd.*

155 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 401.

## 2.6 El título de imputación de la intervención del particular

En el apartado anterior se ha analizado la posibilidad de sancionar penalmente al particular *extraneus* que interviene en un delito especial; sin embargo, no se ha resuelto la problemática que plantea determinar el título de la imputación bajo el cual responderá dicho *extraneus*. Es decir, falta ahora resolver si el *extraneus* que interviene en el delito especial responde como partícipe (cómplice o instigador) del delito especial o como partícipe de un delito común distinto.

En la doctrina y jurisprudencia penal se han reconocido, principalmente, vertientes teóricas sobre el título de imputación del *extraneus*:

- Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación
- Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación
- Las teorías mixtas

### 2.6.1 Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación

Según esta teoría el *extraneus* que interviene en un delito especial debe responder como partícipe de un delito común distinto al cometido por el autor *intraneus*, dado que los delitos especiales solo están dirigidos a estos últimos y no a los primeros.<sup>156</sup> En estos casos, el *extraneus*, si la legislación penal lo permite, responderá por el delito subyacente al delito especial (por ejemplo, si el *intraneus* comete el delito de peculado, el *extraneus* responderá por el delito de hurto o de apropiación ilícita).<sup>157</sup>

Esta teoría se fundamenta, principalmente, en lo establecido por artículo 26° CP.<sup>158</sup> Según sus partidarios, este dispositivo legal establecería, expresamente, que el *extraneus* nunca puede responder penalmente por un delito que se fundamenta en una cualidad especial del autor, como sucede con los delitos especiales.<sup>159</sup>

A esta teoría, acertadamente, se le han realizado cuatro críticas contundentes:

- Los delitos especiales no son un tipo simplemente agravado de los delitos comunes, sino que son autónomos con un fundamento punitivo propio<sup>160</sup>, como lo es la especial vulnerabilidad del bien jurídico respecto del *intraneus*.<sup>161</sup>
- Esta teoría viola el principio de “accesoriedad limitada” de la participación delictiva.<sup>162</sup> La teoría de la ruptura o individualizadora es inviable, ya que propone sancionar al partícipe por un delito que no ha sido cometido por el autor. Es decir, con esta teoría se quiere sancionar a una persona por su participación en un delito que nadie ha cometido. Debe quedar claro que sin autor del delito no hay partícipe del delito. En el ejemplo que poníamos anteriormente del peculado, no puede sancionarse al *extraneus* como partícipe del delito de hurto o apropiación ilícita, pues no hay autor de los mismos. El *intraneus* es autor del delito de peculado y no de aquellos otros.

156 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber”. *Revista Penal*, N° 14, 2004, p. 5.

157 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. “Participación en delitos especiales”. En: *El Derecho Penal contemporáneo*. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. (Alonso R. Peña Cabrera Freyre, Efraín Montes Flores y Miguel Sánchez Mercado (coordinadores). Lima: Ara, 2006, p. 760.

158 “Artículo 26.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.”

159 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Loc. cit.

160 Al respecto ver lo sostenido en el punto 2.3.

161 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 465.

162 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 5 y 6. Como mencionábamos supra la conducta delictiva del partícipe no es autónoma, sino que siempre depende de la existencia de una conducta delictiva de un autor.

- El artículo 26° del Código Penal referente regula la comunicabilidad de circunstancias a efectos de fijar el marco penal para quienes intervienen en la comisión de un delito que contenga elementos personales.<sup>163</sup> En este sentido, este artículo no permite determinar bajo qué tipo penal responderá el partícipe *extraneus* en un delito especial. El artículo 26° no puede ser utilizado para determinar el tipo penal que se le aplicará al partícipe *extraneus*. Esto quedará detallado más adelante en el análisis de la teoría mixta.
- Esta teoría genera un efecto político-criminal negativo, ya que en aquellos delitos especiales tradicionalmente denominados “propios”, la participación del *extraneus* sería siempre impune pues no habría un tipo penal común subyacente por el cual pudiera sancionarse.<sup>164</sup>

Ahora bien, cabe notar que, dentro de esta vertiente teórica, existe una posición ecléctica que soluciona la problemática del título de la imputación del *extraneus*, tanto si se trata de delitos especiales propios o impropios. Así, Pérez Alonso sostiene que si estamos ante delitos especiales impropios, al *extraneus* se le aplicará el tipo penal común subyacente al delito especial (el tipo penal de hurto o de la apropiación ilícita, pero no el de peculado), mientras que, si estamos ante delitos especiales propios, se recurrirá, excepcionalmente, a la “unidad del título de la imputación” para sancionar al *extraneus* como partícipe del delito especial.<sup>165</sup>

Aunque esta teoría supera el problema de la laguna de punibilidad para el *extraneus* que interviene en delitos especiales propios, no podemos compartirla, dado que, como sostuvimos en el punto 2.3, la tradicional división entre delitos especiales propios e impropios es, a nuestro juicio, errónea.

### 2.6.2 Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación

En la actualidad, esta es la teoría dominante en la doctrina penal peruana<sup>166</sup> y comparada.<sup>167</sup> Según esta, el partícipe *extraneus* que interviene en un delito especial deberá ser sancionado como partícipe de ese delito especial. Esto es, tanto *intraneus* como *extraneus* responden por el mismo delito especial. Dentro de esta corriente de pensamiento se identifican, básicamente, dos teorías:

- **La teoría de la infracción de deber:** En todos los delitos especiales el *intraneus* sería autor del delito, pues habría infringido dolosamente su deber especial, mientras que los *extraneus* que colaboren con dicho incumplimiento serán partícipes del mismo.<sup>168</sup> Aquí no interesa que el delito especial sea propio o impropio; el partícipe *extraneus* siempre responderá por el mismo delito que el autor. El máximo exponente de esta teoría es Roxin, quien sostiene que cuando el *intraneus* solo coopera o induce al *extraneus* en la comisión de un delito especial (caso del “instrumento doloso no cualificado”), no habría mayor problema en sancionar como autor mediato al *intraneus* y al *extraneus* como simple partícipe del mismo.<sup>169</sup> Aquí aunque el *extraneus* sea la persona que tiene el “dominio del hecho”, el *intraneus* es el autor del delito especial, pues este es el que infringe su deber especial.
- **La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico:** Esta sostiene que el *extraneus* será sancionado como partícipe de un delito especial, en tanto que él llega a tomar parte en un hecho más grave

163 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. Op. cit. p. 768.

164 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 6.

165 Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban. “La autoría y la participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal”. En: *Dogmática actual de la autoría y la participación*. Nelson Salazar Sánchez (coordinador). Lima: IDEMSA, 2007, pp. 502 y 503.

166 Así lo afirma VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit. p. 505.

167 Así lo afirma ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Loc. cit.

168 Cfr. ROXIN, Claus. Op. cit. pp. 401 y 402.

169 *Ibíd.* p. 394.

que un delito común, con el conocimiento, además, de que al funcionario *extraneus* le resultará más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura institucional.<sup>170</sup>

Este manual aboga por la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico dado que es la que se ajusta de mejor manera al esquema teórico planteado sobre el fundamento de todos los delitos especiales. Esta teoría respeta el principio básico de “accesoriedad limitada” de la participación criminal y no deja espacios de impunidad para la sanción del *extraneus*.<sup>171</sup>

Además, en ella se interpreta correctamente el artículo 26° del Código Penal, toda vez que no utiliza este dispositivo para determinar el tipo penal por el cual responderá el *extraneus*, sino solo para determinar el marco penal abstracto (penalidad) por el que responderá el *extraneus*. Según esta teoría, el *extraneus* responderá penalmente como partícipe del delito especial pero con una pena atenuada, dentro del marco penal abstracto del delito.

### 2.6.3 Las teorías mixtas

Ahora bien, una de las críticas que han recaído sobre la teoría de la unidad del título de la imputación es que la pena abstracta aplicable al *extraneus* sería desproporcional, por ser la misma que la del *intraneus* en los delitos especiales. Por ello, se ha formulado una teoría mixta que, siendo todavía una teoría de la unidad del título de la imputación, propone aplicar una ruptura en la penalidad (marco penal) del *extraneus* e *intraneus*.

El fundamento normativo de esta teoría se encuentra, nuevamente, en el artículo 26° del Código Penal.<sup>172</sup> Sostiene que el término “responsabilidad” está referido, únicamente, a la “culpabilidad” del sujeto.

Los partidarios de esta teoría apuestan por realizar una “ruptura formal” del título de imputación (solo para efectos de determinar la penalidad) a través del entendimiento de que, en los sujetos especiales (por ejemplo, los funcionarios públicos), la cualidad especial en realidad no estaría relacionada con el injusto (tipicidad y antijuridicidad de la conducta), sino con la culpabilidad del agente. Por tanto, al ser la culpabilidad siempre personal, es incommunicable a los *extraneus* conforme al artículo 26°.<sup>173</sup>

Una vez sentado que el artículo 26° solo se refiere a las cualidades que afectan la “culpabilidad” del agente, los partidarios de esta teoría sostienen que, en tanto la culpabilidad del agente incide en la determinación del *quantum* de la pena<sup>174</sup>, en los delitos especiales se debe diferenciar la pena que le corresponde al *intraneus* de la del *extraneus*. Al tener el *intraneus* una cualidad especial personal que no tiene el *extraneus*, a este le corresponde una pena menos grave.<sup>175</sup>

170 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. “Reflexiones sobre la participación de los extraños en los delitos contra la administración pública en el Código Penal español”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 8, 2001, p. 160 y ss; y GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. cit. p. 465.

171 Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Op. cit. p. 84 y ss.

172 Así lo afirma PARIONA ARANA, Raúl. Op. cit. p. 767.

173 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 17.

174 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 713 y ss.

175 Esta opinión también es compartida por RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Op. cit. pp. 122 y 123.

De esta manera, cuando se está frente a un denominado delito especial impropio, deberá sancionarse al *extraneus* con una pena dentro del marco de la pena abstracta establecida para el delito común subyacente<sup>176</sup> (el *extraneus*, por ejemplo, será sancionado como cómplice del delito de peculado, pero se le aplicará una pena dentro del marco penal abstracto del delito de hurto o apropiación ilícita), mientras que ante un delito especial propio, solo se le atenuará la pena establecida en el delito especial.

---

<sup>176</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 17.

# Las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública

## 3.1 Los tipos de pena

La pena consiste en “la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”.<sup>177</sup> En este sentido, la pena es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito.<sup>178</sup>

A continuación se analizarán las distintas clasificaciones de las penas y su aplicación en los delitos de corrupción.

### 3.1.1 Clasificación

La legislación penal vigente, la doctrina e incluso la normativa internacional muestran que las penas son posibles de clasificar conforme a distintos criterios. Dentro de estos diversos puntos de vista, conviene subrayar las siguientes clasificaciones:

- **Por su naturaleza o por razón del derecho afectado:** Las penas pueden ser penas privativas de libertad, no privativas de libertad (o de restricción de otros derechos) y las pecuniarias.
- **Por autonomía:** Las penas pueden ser principales o accesorias.
  - Penas principales: Son aquellas que están previstas de modo específico para el concreto delito previsto en la Parte Especial del Código Penal<sup>179</sup> (sea en el propio tipo penal sea al final de un capítulo de la parte especial). En razón de ello, el juez tiene la obligación de imponerla de modo directo como sanción del delito.<sup>180</sup>

#### EJEMPLO: PENA PRINCIPAL

Un sujeto “A” le ofrece dinero a un juez a cambio de que este lo favorezca en un proceso civil que es de su conocimiento.

“Artículo 398.- Cohecho activo específico: El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, y 4 del artículo 36° del Código Penal”.

177 Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias Jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 18.

178 Cfr. Sentencia emitida el 24 de enero de 2005 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. R.N 3374-2003, La Libertad. Fundamento 6°.

179 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. “El sistema de penas en el Código penal español”. En: Luis Gracia Martín (coordinador). *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 45.

180 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación Judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*. Lima: IDEMSA, 2010, p. 44.

En este supuesto son dos las penas principales; la pena privativa de libertad y la de inhabilitación. No puede dejar de considerarse que el legislador, erróneamente, ha llamado pena accesoria a la inhabilitación del artículo 398°, porque la ubicación sistemática de la sanción penal (Parte Especial del Código Penal) obliga a su imposición directa.<sup>181</sup>

- Penas accesorias: Son aquellas que no pueden ser directamente impuestas, toda vez que no están previstas de forma expresa para el delito específico en la Parte Especial del Código Penal. En este sentido, el juez deberá recurrir a los criterios de la Parte General (art. 39 CP) para aplicar, de forma indirecta, estas medidas. En otras palabras, la pena accesoria no está prescrita obligatoriamente en el precepto de la parte especial, sino que esta es aplicada por decisión judicial según los criterios de la parte general. Ahora bien, esto solo podrá hacerse cuando el Ministerio Público solicite la aplicación de dicha pena, ya que lo contrario supondría una vulneración al principio acusatorio.<sup>182</sup>

#### EJEMPLO: PENA ACCESORIA

Un Presidente de la República X, abusando de su poder como funcionario público, ordena y dirige el asesinato de diversos ciudadanos acusados de terroristas.

“Artículo 108.- Homicidio Calificado - Asesinato

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

(...)

3. Con gran crueldad o alevosía;”

“Artículo 39.- La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal”.

En este supuesto, la pena privativa de libertad es la principal y a la inhabilitación la accesoria.

- **Por su imposición:** Las penas pueden ser únicas, conjuntas y alternativas.
  - Las penas únicas serán aquellas que consisten en una única pena de determinada naturaleza.

#### EJEMPLO: PENA ÚNICA

“Artículo 106.- El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”.

181 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7°, segundo párrafo.

182 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 12°.

- Las penas conjuntas serán aquellas que están constituidas por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza.<sup>183</sup> En tal sentido, el juez deberá imponer todas las penas concurrentes.<sup>184</sup>

#### **EJEMPLO: PENAS CONJUNTAS**

“Artículo 388.- Peculado de uso

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

“Artículo 426.- Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2”.

En este ejemplo, estamos frente a la acumulación de la pena privativa de libertad y la de inhabilitación. Nuevamente, el legislador denomina erróneamente como accesoria a la pena de inhabilitación.

- Finalmente, las penas alternativas son aquellas penas de distinta naturaleza que el legislador establece para un delito con el objeto de que el juez escoja solo una de ellas, excluyendo las demás.<sup>185</sup>

#### **EJEMPLO: PENAS ALTERNATIVAS**

“Artículo 388.- Patrocinio Ilegal

El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”.

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, conviene recordar que el ordenamiento jurídico penal peruano clasifica las penas por su naturaleza:

- Privativa de libertad: Temporal y permanente
- Restrictiva de libertad: Expatriación
- Limitativa de derechos: Inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres
- Multa
- Vigilancia electrónica personal<sup>186</sup>

A continuación analizaremos las penas con que se sancionan los delitos de corrupción.

183 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. Op.cit. p. 47.

184 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 46.

185 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit. p. 48.

186 Pena incorporada por la Ley 29499, del 18 de enero de 2010.

### 3.1.2 Pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad es definida como la “reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida”.<sup>187</sup> El artículo 29° del Código Penal constituye dos clases de penas privativas de libertad:

- La pena privativa de libertad temporal (2 días – 35 años).
- La pena privativa de libertad de cadena perpetua<sup>188</sup> (indeterminada con una revisión periódica desde el cumplimiento de los 35 años de pena privativa de libertad, ello de acuerdo al artículo 4° del Decreto Legislativo 921). Ningún delito de corrupción está sancionado con cadena perpetua, por el contrario, la mayoría de estos delitos tiene como consecuencia la pena privativa de libertad temporal (excepto el delito de nombramiento aceptación ilegal que es sancionado solo con pena de multa).

### 3.1.3 Pena de multa

La multa es una pena patrimonial que consiste en el pago de una cantidad de dinero.<sup>189</sup> De esta forma, el menoscabo patrimonial es el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo al penado, como instrumento de prevención del delito.<sup>190</sup>

El Código Penal, de 1991, ha regulado la pena de multa en los artículos 41° al 44°. Se debe tener en cuenta que esta regulación impone que su naturaleza de pena principal,<sup>191</sup> es decir, la pena de multa debe estar contenida en un artículo de la parte especial para ser aplicada. En este sentido, la pena de multa es utilizada, en el caso de los delitos contra la administración pública, para los delitos de omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales; nombramiento o aceptación ilegal, cohecho pasivo ilegal, cohecho pasivo específico y cohecho activo específico en el supuesto de que el sujeto activo sea abogado o forme parte de un estudio de abogados. Es necesario recordar que la multa, a diferencia de la reparación civil, es una pena, de forma que no obedece a los criterios de responsabilidad civil extracontractual.

### 3.1.4 Pena de inhabilitación

La pena de inhabilitación consiste en “la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y la multa”.<sup>192</sup> En esta línea, el artículo 36° del Código Penal regula la pena de inhabilitación. En el mismo sentido, el artículo 30.7 de la CNUC establece la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación.

#### ARTÍCULO 30.7 DE LA CNUC

“Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandato judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo de la presente Convención para:

- a) Ejercer cargos públicos; y
- b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado”.

187 Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. cit. p. 47.

188 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 55.

189 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. “La pena de multa”. En: Luis Gracias Martín (coordinador). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Op. cit. p. 166.

190 Cfr. Ídem. p. 167.

191 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 65.

192 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires; EDIAR, 2005, p. 727.

Ahora bien, este tipo de pena es, especialmente, importante por dos motivos:

- Evita que el funcionario corrupto continúe lesionando el buen funcionamiento de la administración pública;
- En algunos casos, este tipo de pena, se constituye en la más importante a imponer al funcionario público, en tanto que muchos de los delitos de corrupción pueden tener penas concretas de cuatro años (o menores), supuestos que permiten usualmente la suspensión de la ejecución de la pena.

En esta medida, como se verá a continuación, el juez tiene la obligación de imponer la pena de inhabilitación a los funcionarios corruptos.

### 3.1.4.1 Marco teórico

La pena de inhabilitación, al momento de su imposición, cumple, esencialmente, un fin preventivo especial, en tanto que aparta al condenado de aquella situación o posición que puede ser instrumentalizada para seguir lesionando bienes jurídicos de terceros.<sup>193</sup>

#### ACUERDO PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA N° 2-2008/ CJ-116

“La pena debe estar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido podría valerse en el futuro para cometer el delito”.<sup>194</sup>

Ahora bien, la Corte Suprema, a través del acuerdo plenario mencionado, ha identificado los supuestos bajo los cuales opera la inhabilitación:<sup>195</sup>

- El sujeto tiene una posición de poder o dominio, de la cual se vale para delinquir: Este supuesto presupone que el sujeto haya tenido acceso, previo a la comisión del delito, de una función que le permita tener un dominio sobre el bien jurídico.

#### EJEMPLO

La congresista MC se vale de su función para apropiarse de bienes del Estado que le fueron asignados para fines determinados. En tal sentido, es responsable del delito de peculado. El juez lo condena por dicho delito, y lo sanciona con una pena de inhabilitación principal (artículo.426°) de cinco años.

- El sujeto viola un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar: Este supuesto, a diferencia del anterior, no presupone que el sujeto haya accedido a alguna posición que le permita dominar el bien jurídico. Por el contrario, al momento de cometer el delito no tenía la función especial. A pesar de ello, el hecho cometido implica una violación de deberes y principios imprescindibles para el ejercicio de una función actual. Se hace evidente que el fin de esta pena es apartar al individuo de la función que le permite seguir lesionando bienes jurídicos. En todo caso, lo importante es que el derecho comprendido en la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido.<sup>196</sup>

193 Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2011, pp. 628-629.

194 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6°.

195 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6°.

196 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 8°, segundo párrafo.

**EJEMPLO**

La señora MC, que no ejerce ningún cargo público, ayuda a su padre, funcionario público, a enriquecerse ilícitamente. Luego, ella es elegida congresista de la República. El juez emite sentencia, condenando a MC por partícipe del delito de enriquecimiento ilícito, sancionándola con pena de inhabilitación principal (art.426°) de cuatro años, de forma que no puede seguir ejerciendo su cargo de congresista.

**3.1.4.2 Inhabilitación en los delitos de corrupción**

El legislador peruano ha introducido, al final del título VIII del Libro Segundo del Código Penal (Delitos contra la administración pública), una norma específica sobre la pena de inhabilitación para todos los delitos de corrupción:

**ARTÍCULO 426° DEL CÓDIGO PENAL**

“Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36° inciso 1 y 2. (...)”

Esta es una técnica legislativa recurrente en el código penal, según la cual se dispone la pena de inhabilitación para toda una clase de delitos al final de un título de la parte especial del Código Penal.<sup>197</sup> En este sentido, debemos recordar que la ubicación sistemática y legal de la inhabilitación conminada, es el criterio que nos llevará a afirmar el carácter principal o accesorio de la pena.<sup>198</sup> De esta manera, no resulta relevante que el tipo legal diga que la pena de inhabilitación del artículo 426° es accesoria, en tanto que su ubicación en la parte especial nos obliga a reconocer su naturaleza de principal. Este razonamiento ha sido respaldado por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116.<sup>199</sup>

Lo anterior puede aceptarse más fácilmente si se pone atención en la redacción de la propia norma. No cabe duda de que la decisión del legislador de utilizar la palabra “además” en la redacción de la norma es reafirmar el carácter obligatorio de la pena. Ello quiere decir que el juez, al momento de imponer la sanción penal, no solo está obligado a aplicar directamente la pena contenida en el propio tipo penal (en la mayoría de los casos pena privativa de libertad), sino que también está obligado a aplicar de forma directa lo dicho por el artículo 426°. Ello revela la naturaleza principal de la pena de inhabilitación de los delitos de corrupción, en tanto que una pena accesoria no se aplica de forma directa.

No obstante, lo que ha sucedido es que el legislador ha confundido el concepto de pena “accesoria” con pena “conjunta”. En esta medida, el artículo 426° contiene a la inhabilitación como una pena de naturaleza doble.<sup>200</sup>

197 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6°.

198 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7°, segundo párrafo.

199 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7°, segundo párrafo.

200 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 90. En este mismo sentido: Sentencia emitida el 24 de enero de 2005 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. R.N 3374-2003, La Libertad. Fundamento 8°.

- **Principal:** En tanto su ubicación sistémica y su aplicación directa. Como consecuencia, no será necesario que el Ministerio Público la solicite, ya que el juez está obligado legamente a aplicarla.
- **Conjunta:** En tanto que se acumula con la pena del tipo penal de delito (en su mayoría pena privativa de libertad). El juez no puede elegir, está obligado a aplicar ambas penas.

Pero los errores del legislador no se han limitado al uso de la palabra “accesoria”. El artículo 426° del Código Penal señala, respecto a la duración de la pena de inhabilitación, “con igual tiempo de duración que la pena principal”. ¿A qué está haciendo referencia con esto? Alguien podría pensar que se está nombrando a la pena principal contenida en el tipo penal. Como consecuencia de esto, las penas de inhabilitación tendrían, en casi todos los casos, una duración igual a la de pena privativa de libertad. A manera de ejemplo, un funcionario que es sancionado a quince años de pena privativa de libertad debiera ser sancionado también con una pena de inhabilitación por el mismo número de años.

¿Es esto posible? No, la Corte Suprema ha dejado claro<sup>201</sup> que no es posible que la pena accesoria sobrepase el límite establecido por el artículo 38° del Código Penal.<sup>202</sup> En esta medida, el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 dispone que, a la luz de una interpretación sistemática, “la inhabilitación accesoria no puede ser superior de cinco años”.

Más allá de esto, no tiene sentido que la duración máxima de la pena de inhabilitación se configure a partir de la pena privativa de libertad, ya que en el Código Penal vigente existe un delito de corrupción cuyo tipo penal no contiene este tipo de sanción: El delito de nombramiento o aceptación ilegal, sancionado con pena de multa. ¿Cómo se debería entonces delimitar la duración de la inhabilitación en un caso de nombramiento indebido? ¿Acaso con la cantidad de los días-multa? Parece sensato y coherente decir que no,<sup>203</sup> en tanto que es imposible determinar la duración de la pena de inhabilitación con una pena de naturaleza tan distinta como la pena de multa.

En este sentido, cuando el legislador utiliza las palabras “pena principal” no se está refiriendo a la pena contenida en el tipo penal concreto, sino que hace mención a la pena de inhabilitación principal. En síntesis, el artículo 426° nos dirige a lo estipulado en el artículo 38°, estableciendo como plazo mínimo de duración seis meses y como plazo máximo cinco años.<sup>204</sup> El juez deberá imponer la pena de inhabilitación dentro de ese margen, de acuerdo a la gravedad del ilícito y a la culpabilidad del autor.

Finalmente, el artículo 426° hace referencia a dos modalidades de inhabilitación contenidas en el artículo 36° de nuestro Código Penal:

#### ARTÍCULO 36° DEL CÓDIGO PENAL – INHABILITACIÓN

“La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (...).”

201 Sentencia emitida el 19 de abril de 2005 por la Corte Suprema de justicia. Recurso de Nulidad 384-2005: La Libertad. Fundamento 4°.

202 “Artículo 38.- La inhabilitación principal se extiende de seis meses a cinco años (...).”

203 YSHI MEZA, Luis. “Análisis de las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública”. Ponencia presentada en el taller de capacitación en Delitos contra la Administración Pública organizado por el Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP, el 28 de abril de 2012. Lima: 2012.

204 *Ibidem*.

Dicha norma penal, contiene dos formas de inhabilitación:

- **La inhabilitación del inciso 1**, tiene como consecuencia la pérdida de la función, cargo o comisión que el sujeto haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuera con posterioridad al delito.<sup>205</sup> Esto se fundamenta en lo ya expuesto sobre el fin de la inhabilitación, en tanto esta busca evitar la lesión del deber jurídico a través del cargo o función.
- **La inhabilitación del inciso 2**, tiene como consecuencia que el sujeto quede interdicto para adquirir cargo, mando, empleo, o comisión pública futura.<sup>206</sup>

### 3.1.4.3 Ejecución de la pena de inhabilitación

Hemos visto que la pena de inhabilitación en los delitos de corrupción es de naturaleza conjunta. Como consecuencia de esto, el término de la inhabilitación corre paralelamente a las otras penas principales (privativa de libertad o multa) y se computa a partir de la fecha de la sentencia.<sup>207</sup>

Sin embargo, el Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116, a partir de las normas del Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 2004, ha reconocido que la ejecución de la pena de inhabilitación responde a dos sistemas diferentes:

- **Sistema de Ejecución Provisional:** Estipulado para el Código de Procedimientos Penales, que en su artículo 330° admite la ejecución inmediata para todas las penas (incluyendo a las inhabilitación), esto es, desde la sentencia de primera instancia.
- **Sistema de Ejecución Suspensiva:** Estipulada para el Código Procesal Penal, que en su artículo 402.1, establece como la regla específica que las penas de multa y limitativas de derecho (dentro de las cuales se encuentra la inhabilitación) se rigen bajo dicho sistema. La pena de inhabilitación se ejecutará solo ante una sentencia firme.

### 3.1.5 Pena de prestación de servicios a la comunidad

La pena de prestación de servicios es una “pena, autónoma o de sustitución, consistente en la realización “obligatoria” por parte del condenado de trabajos gratuitos a favor de instituciones estatales o privadas de utilidad pública”.<sup>208</sup> En el caso de los delitos de corrupción, está prevista como medida alternativa de la pena privativa de libertad para el patrocinio ilegal y el peculado culposo.

## 3.2 La prescripción

La prescripción de la acción penal se puede definir como el transcurso del tiempo que extingue la potestad del Estado para perseguir el delito.<sup>209</sup> En esta medida, el Estado pierde la facultad de ejercitar en un caso concreto; el *ius puniendi*.

Ahora bien, el artículo 29 de la CNUC establece la posibilidad de que los estados apliquen plazos de prescripción amplios a los delitos de corrupción.

205 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. Op. cit. p. 728. Sobre la pena de inhabilitación del artículo 19° inciso 1 del Código Penal argentino, el cual habla de la privación de empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de cargo público, supuesto homologable al inciso 1 del artículo 36° del Código Penal peruano.

206 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. *Ibidem*. Sobre la pena de inhabilitación del artículo 19° inciso 3° del Código Penal argentino, el cual habla de la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, supuesto homologable al inciso 2 del artículo 36° del Código Penal peruano.

207 Cfr. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 9°.

208 Cfr. HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Lima: Grijley, 2011, p. 282.

209 Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116. Voto Singular de los señores San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo respecto al artículo 46° A CP y de la prescripción de la acción penal. Fundamento 2°.

### ARTÍCULO 29° DE LA CNUC

“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”.

Esta posibilidad, en el caso peruano, se traduce en dos grupos de reglas.<sup>210</sup>

- **Reglas Generales:** De acuerdo al artículo 80° del Código Penal, existen dos clases de prescripción:
  - **Prescripción ordinaria:** Los delitos de corrupción prescribirían en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (pena abstracta). En este punto, es importante recordar el artículo 46.A<sup>211</sup> del Código Penal (que extiende el marco de la pena abstracta hasta por un tercio por encima del máximo legal siempre que no supere los 35 años<sup>212</sup>) no es aplicable a los delitos de corrupción, en tanto que en estos el desvalor de la acción (el abuso de la función pública) ha sido incorporado ya en la parte especial.<sup>213</sup> En esta medida, la prescripción ordinaria emplearía solo la pena abstracta contenida en el artículo concreto de la parte especial.
  - **Prescripción extraordinaria:** Si existe ya proceso penal<sup>214</sup> (interrupción de Ministerio Público o autoridades judiciales), la prescripción de la acción penal se produciría cuando el tiempo transcurrido supere en un 50% el plazo ordinario de prescripción. Esta medida busca evitar que de manera reiterada se tenga que volver a contar el plazo de prescripción.
- **Regla Especial:** el artículo 41° de la Constitución señala que “el plazo de prescripción se duplica en casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos”. Esta norma constitucional ha sido materializada en el artículo 80° del Código Penal, donde establece un plazo especial de prescripción –el doble de los plazos establecidos en las reglas generales– para los casos de delitos de corrupción contra el patrimonio del Estado cometidos por funcionarios públicos. El legislador ha otorgado un mayor tiempo para la persecución del hecho punible, ya que el delito no solo representa un atentado contra el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que implica una afectación a la seguridad de los bienes del Estado o que son administrados por él.<sup>215</sup>

210 Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?” En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Yvan Montoya Vivanco (editor). Lima: IDEHPUCP, 2012, pp. 19-23.

211 “Artículo 46-A.- Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. En estos casos el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible”.

212 Cfr. Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116. Voto Singular de los señores San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo respecto del artículo 46° A CP y de la prescripción de la acción penal. Fundamento 3°.

213 MEINI, Iván. “Temas de autoría y participación en los delitos contra la administración pública”. En: Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP. *Boletín mensual*. Revisado el 25/03/13. En: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/julio\\_2012\\_n01415.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/julio_2012_n01415.pdf)

214 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007, p.111.

215 Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 12°.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 ha complementando lo estipulado en el artículo 41° del Código Penal. De esta manera, la Corte Suprema de Justicia ha exigido el concurso de tres presupuestos para la duplicidad de la prescripción:<sup>216</sup>

- Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito y el patrimonio: con ello la prescripción solo operará frente a los funcionarios públicos *intraneus* que cometen un delito de corrupción que afecte el patrimonio estatal.
- Que el vínculo, antes comentado, entre el patrimonio del Estado y el funcionario público implique que este puede ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre los bienes públicos: Dentro de estos bienes (muebles o inmuebles con valor económico) están los que son propiedad exclusiva del Estado, los que son propiedad de sociedades de economía mixta y los que, a pesar de ser propiedad privada, se encuentran en posesión del Estado. Ahora bien, volviendo al vínculo entre el funcionario y el patrimonio, se está hablando aquí de lo que la Corte Suprema ha llamado, anteriormente, competencia funcional específica, esto es, que el funcionario público, por razón de su cargo, tenga la disponibilidad jurídica que le permita la libre disposición de los bienes (no siendo necesaria una tenencia material directa).<sup>217</sup>
- Las funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes (competencia funcional específica) pueden ser atribuidas por orden administrativa. En esta medida, un funcionario, que originalmente no cuenta con facultades necesarias, puede recibir la competencia funcional específica a través de una disposición verbal.

Finalmente, debemos señalar que si bien, en la práctica, los delitos que comúnmente cumplen con estos requisitos son el delito de peculado y el de malversación de fondos,<sup>218</sup> es necesario analizar los casos concretos, toda vez que es posible que otro tipo de delitos de corrupción cumplan con estos requisitos como, por ejemplo, los supuestos de colusión agravada o negociación incompatible.<sup>219</sup>

#### EJEMPLO

Un funcionario público “S”, por orden administrativa, interviene en un contrato con una empresa de seguridad privada. Este considera que, en el futuro, la empresa lo podría beneficiar, así que dispone en el contrato que se le pague a la empresa de seguridad un monto mucho mayor al debido.

1. Este es un caso de negociación incompatible donde se producen los tres requisitos que la Corte Suprema ha exigido: “S” es funcionario público (*intraneus*),
2. S tiene una competencia funcional específica –administra el dinero que le será entregado a la empresa de seguridad en razón del contrato–,
3. Existe una orden administrativa que le permite dichas funciones); en esta medida, el plazo doble de prescripción deberá operar.

### 3.3 Las medidas alternativas a la pena privativa de libertad contempladas en el código penal peruano

Las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, también denominadas “subrogados penales” o “sustitutivos penales” son aquellas cuya finalidad es evitar que el procesado vaya a un centro carcelario a cumplir una condena por un breve periodo de tiempo.

<sup>216</sup> Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 15°.

<sup>217</sup> Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116. Fundamento 6°.

<sup>218</sup> Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. Op. cit. p. 22.

<sup>219</sup> Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. Fundamento 14°.

Estas medidas se explican en el contexto de una política criminal despenalizadora, atendiendo al principio de que el Derecho Penal debe ser fragmentario. Asimismo, estas parten del efecto desocializador de los centros penitenciarios y, en consecuencia, el deber de evitar la aplicación de penas privativas de libertad cuando estas no sean absolutamente necesarias.<sup>220</sup> Por tanto, dentro de las principales razones que validan la aplicación de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad encontramos:

- Los centros penitenciarios no han tenido efectos resocializadores sobre los reclusos
- La aplicación de una medida distinta a la pena efectiva solo sería para delitos que no afectan gravemente a bienes jurídicos, es decir, no tan graves o que solo signifiquen una infracción leve
- Mediante la aplicación de medidas alternativas a la pena efectiva se estaría evitando el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria

Cabe aclarar que, todos estos efectos, se producirían aun tratándose de encarcelamientos breves. Por ello, actualmente se plantea la “diversificación”, es decir, la introducción de mecanismos y otras medidas sociales alternativas a la privación de libertad para periodos de corta duración. Las siguientes sanciones alternativas también tendrían un carácter resocializador:

- La compensación entre autor y víctima
- Los trabajos comunitarios
- La suspensión de la ejecución de la pena

Concretamente, en el Código Penal peruano se encuentran recogidas las siguientes medidas alternativas:

<b>CÓDIGO PENAL DE 1991</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Suspensión de la ejecución de la pena (arts. 57° a 61°)</li> <li>• Reserva del fallo condenatorio (arts. 62° a 67°)</li> </ul>	MEDIDAS DE RÉGIMEN DE PRUEBA
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Exención de pena (art. 68°)</li> </ul>	MEDIDAS DE DISPENSA O PERDÓN
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conversión de penas (arts. 52° a 54°)</li> <li>• Sustitución de penas (arts. 32° a 33°)</li> </ul>	MEDIDAS DE CONMUTACIÓN O REEMPLAZO

### 3.3.1 La suspensión de la ejecución de la pena

Mediante la aplicación de esta medida alternativa se suspende la ejecución efectiva de la pena privativa libertad impuesta en la sentencia condenatoria. En ese sentido, lo único que se deja en suspenso es la ejecución efectiva de la pena, pero no se afectan ni se suspenden los efectos accesorios e indemnizatorios de la condena.<sup>221</sup> De este modo, el sentenciado no es recluso en un centro carcelario sino que queda en libertad pero sometido a ciertas reglas de conducta que son obligatorias según el artículo 58° del Código Penal, y que quedarán debidamente precisadas en la sentencia.

220 SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Madrid: Editorial Colex, 2000, p. 244.

221 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*. Lima: Cultural Cuzco S.A, 1992, p. 233.

Dicho régimen de conducta será de obligatorio cumplimiento por el plazo fijado por la sentencia o, supletoriamente, por ley. Dicho lapso recibe el nombre de periodo de prueba y tiene como finalidad validar el pronóstico favorable de conducta futura que justificó la decisión judicial de suspender el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta.<sup>222</sup> Si dicho plazo transcurre sin vulnerar las reglas prescritas o sin que se haya cometido un nuevo delito doloso, la pena se tendrá por extinguida y la condena será suprimida de los registros judiciales correspondientes. De lo contrario, cabrá la posibilidad de aplicar medidas restrictivas más severas al condenado, siendo posible también revocar la suspensión, lo que originaría que la totalidad de la pena impuesta en la sentencia sea de obligatorio cumplimiento.

El plazo del periodo de prueba es fijado por el código y se encontrará en el rango de entre uno y tres años. La valoración del juez sobre la extensión idónea del régimen de prueba deberá quedar debidamente motivada y plasmada en la resolución correspondiente, teniendo en especial consideración el pronóstico favorable de conducta futura del condenado. Dichas reglas de conducta deberán guardar conexión con las circunstancias particulares del delito y con la personalidad del imputado.<sup>223</sup>

Cabe precisar que el pago de la reparación civil podría incluirse como regla de conducta, siendo necesario que especifique un plazo determinado para su cumplimiento. No obstante, el legislador podría restringir esta facultad cuando el condenado haya acreditado debidamente que se encuentra imposibilitado de cumplir con la obligación resarcitoria.<sup>224</sup> De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, esta exigencia no afecta el principio de prohibición de prisión por deudas, en tanto que la obligación de reparar los daños ocasionados por el delito es una condición de la ejecución de la sanción penal.<sup>225</sup>

Ahora bien, el Código Penal, en su artículo 57°, prescribe los siguientes requisitos para la aplicación de la medida en cuestión:

- **Que la pena privativa de libertad impuesta al condenado no sea superior a cuatro años.** Esta indicación no hace referencia al rango legal señalado en el tipo penal, sino a la pena conminada. Es decir, luego del proceso de determinación e individualización seguido por el juez, la condena no deberá ser mayor a cuatro años. De igual manera, los efectos suspensivos pueden comprender a penas de distinta naturaleza si estas han sido impuestas como penas accesorias.<sup>226</sup> Cabe recordar que este criterio no es aplicable a otras penas principales (que pueden aplicarse de manera conjunta), como es el caso de la inhabilitación en los delitos de corrupción.
- **Que el juez emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado.** En atención a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones personales del condenado, el órgano judicial deberá estimar que no cabe posibilidad de la comisión de un nuevo delito.
- **Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.** Este último requisito fue incorporado recientemente a través del Decreto Legislativo 982.<sup>227</sup> No obstante, este criterio ha sido cuestionado por parte de la doctrina nacional, por afirmar criterios propios de un derecho penal de autor.<sup>228</sup> Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional ha declarado constitucional este criterio,<sup>229</sup> cuya definición fue tratada ampliamente en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116.

222 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Lima: 2010, p. 250.

223 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit. p. 253.

224 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit. p. 254.

225 Sentencia emitida el 08 de julio de 2002 por el Tribunal Constitucional. Expediente 1428-2002-HC/TC. En el mismo sentido: Sentencia emitida el 10 de abril de 2002. Expediente 00382-2012-PHC/TC; sentencia emitida el 19 de octubre de 2012. Expediente 03657-2012-PHC/TC.

226 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit. p. 251.

227 Publicado el 22 de julio de 2007.

228 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Op. cit. p. 252.

229 Sentencia emitida el 14 de julio de 2010 por el Tribunal Constitucional. Expediente 0012-2008-PI/TC.

La suspensión de la ejecución de la pena es de aplicación facultativa para el juez. No obstante, dicha decisión debe ser debidamente motivada de ser concedida o denegada, teniendo en consideración, entre otros aspectos, la condición de primario del infractor, la escasa gravedad de la conducta delictiva cometida o su adecuado comportamiento procesal.<sup>230</sup> A efectos de estos criterios, la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUC),<sup>231</sup> en su artículo 30.5, señala que los estados deberán tener en cuenta la gravedad de los delitos cometidos al considerar la eventualidad de conceder libertad condicional o anticipada. De aquí se desprende que la aplicación de cualquier medida alternativa de la pena privativa de libertad debe ser de carácter residual o bastante excepcional, de modo que no se genere impunidad sobre la sanción de aquellos delitos que han significado un grave daño al patrimonio del Estado.

Finalmente, cabe indicar que, de incumplirse injustificadamente las reglas de conducta, se podría dar lugar a tres distintos tipos de sanciones en concordancia con el artículo 59° del Código Penal:

- **Amonestación del infractor.** Esta sanción de primer orden podrá materializarse en acto público y con concurrencia del condenado o a través de una notificación judicial.
- **Prórroga del plazo de prueba.** La prórroga podría extenderse hasta en una mitad del plazo fijado inicialmente en la sentencia. Es así que, en un supuesto límite, de haber tenido un plazo original de tres años, este podría llegar hasta los cuatro años y seis meses de producirse la prórroga.
- **Revocación de la suspensión.** El uso de esta medida es excepcional, al ser la sanción más severa. Según señala la doctrina su uso se dará después de haberse aplicado las dos sanciones precedentes.<sup>232</sup> Asimismo, se precisa que la aplicación de esta sanción deberá circunscribirse a la comisión de un nuevo delito doloso que merezca una nueva condena a pena privativa de libertad efectiva y no al simple incumplimiento de las reglas de conducta establecidas.<sup>233</sup>

De concluir el periodo de prueba sin que medie revocación de la suspensión, la condena se considerará como no pronunciada, en concordancia con el artículo 61° del código. No obstante, la doctrina señala que este efecto es incongruente con la propia naturaleza de la suspensión de la pena, debiendo la pena ser declarada, más bien, como extinguida (cumplida).<sup>234</sup>

### 3.3.2 La reserva del fallo condenatorio

La reserva del fallo condenatorio, como segunda medida de régimen de prueba, fue incorporada también en el Código Penal de 1991. Esta medida alternativa viene a ser una declaración formal de culpabilidad que se hace al imputado, pero que no llega a generar condena ni pena.<sup>235</sup> En ese sentido, los extremos del fallo condenatorio no son pronunciados por el juez, quien los reserva a condición de que el sentenciado observe el cumplimiento de determinadas reglas de conductas durante un período de prueba, de manera similar a como ocurre con la suspensión de la ejecución de la pena. Es así que, de concluir con éxito el periodo de prueba, el juzgamiento será dejado sin efecto. De ocurrir lo contrario, el juez podrá disponer la revocatoria del régimen de la reserva y, por consiguiente, pronunciar el fallo condenatorio que incluirá el señalamiento de la pena efectiva.

El artículo 62° del Código Penal prescribe que la reserva del fallo condenatorio procederá de concurrir los siguientes presupuestos:

230 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. 252.

231 Disponible en: [http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruccion/normativa/convencion\\_onu\\_contra\\_la\\_corruccion\\_2003.pdf](http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruccion/normativa/convencion_onu_contra_la_corruccion_2003.pdf)

232 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 255.

233 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ibidem*.

234 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 256.

235 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 258.

- Que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con pena de multa
- Que la pena a imponerse no supere las 90 jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres
- Que la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación

Es necesario señalar que la reserva del fallo condenatorio es aplicable aun en los casos donde la penalidad conminada para el delito cometido esté compuesta por penas conjuntas o alternativas (por ejemplo, la pena privativa de libertad e inhabilitación), siempre que estas sanciones no excedan los límites cuantitativos establecidos para cada tipo de pena.<sup>236</sup> Por otro lado, el término “pena a imponerse” se refiere a la posible pena que habría de merecer el autor del delito.<sup>237</sup>

Como ocurre en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, el pronóstico favorable de conducta futura también se vuelve necesario para determinar la reserva del fallo condenatorio. En ese sentido, esta expectativa debe quedar debidamente motivada en la sentencia.<sup>238</sup> De igual manera, en lo referente al periodo de prueba y a las reglas de conducta, estas mantendrán las mismas características de aquellas que rigen en la medida alternativa desarrollada en el acápite previo.

A partir del artículo 66° del Código Penal, se puede observar que existen criterios distintos en lo referido a la revocatoria de la reserva del fallo condenatorio en comparación con la medida previamente señalada. En el artículo en mención se regulan dos supuestos:

- **La revocatoria facultativa**, la cual se produciría cuando se imponga una pena mayor a tres años por la comisión de un nuevo delito doloso
- **La revocatoria obligatoria**, la cual se hará efectiva si el condenado comete un nuevo delito que tenga una pena conminada superior a los tres años

Como se puede apreciar, la distinción hecha por el legislador resulta confusa, en un principio por hablar de revocación del régimen de prueba y, posteriormente, porque no se precisa bien la distinción entre los criterios temporales para la aplicación de la revocación, lo cual, según la doctrina nacional, podría llevar a situaciones de inequidad y donde no se pueda aplicar debidamente dicha medida sancionadora.<sup>239</sup>

### 3.3.3 La exención de pena

Esta medida alternativa significa el pronunciamiento de una condena sin pena. En ese sentido, implica que se emita sentencia condenatoria pero que se exima al condenado de la pena que correspondería imponerle. Para la procedencia de la exención de pena se exigen dos requisitos:

- Que la pena privativa de libertad prevista para el delito no sea mayor de dos años o, en defecto, pena de multa o pena limitativa de derechos
- Que la culpabilidad del agente sea mínima

### 3.3.4 La conversión de penas

Esta medida alternativa ha de ser definida como la conmutación de la pena privativa de libertad que ha sido efectivamente impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza.<sup>240</sup> La conversión puede ser:

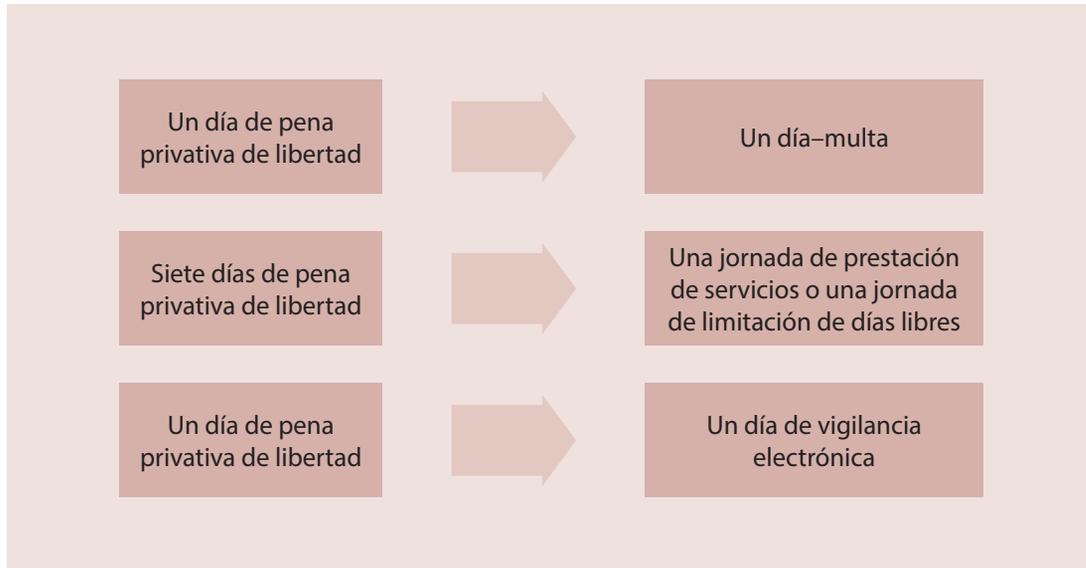
236 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 259.

237 HURTADO POZO, José. Op. cit. p. 244. Ver también: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op.cit. p.260.

238 PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima: Grijley, 1994, p. 550.

239 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 262.

240 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 241.



Para aplicar la conversión de penas deben concurrir los siguientes requisitos, establecidos en el artículo 52° del Código Penal:

- Que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva
- Que en el caso concreto no sea posible aplicar al sentenciado, medidas de suspensión de ejecución de la pena o de reserva de fallo condenatorio

### 3.3.5 La sustitución de penas

La sustitución de penas implica la conmutación, al momento de sentenciar, de la pena privativa de libertad, siendo sustituida por una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

#### A manera de resumen

**CUADRO 1. RESUMEN<sup>241</sup>**

TIPO DE MEDIDA ALTERNATIVA	EFECTOS	REQUISITOS	FUENTE NORMATIVA
Suspensión de la ejecución de la pena	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se suspende la ejecución de la PPL<sup>242</sup></li> <li>• Se impone un régimen de prueba de uno a tres años</li> <li>• Se fija una reparación civil</li> <li>• Cumplido el periodo de prueba, se considera no pronunciada la sentencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• PPL impuesta no superior a cuatro años</li> <li>• Pronóstico favorable a la conducta futura del condenado</li> </ul>	Arts. 57° al 61° del Código Penal

241 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Medidas Alternativas a las penas privativas de Libertad*. En: <http://es.scribd.com/doc/36554201/Medidas-Alternativas-a-Las-Penas-Privativas-de-Libertad>. Consulta: 09/04/13.

242 *Ibidem*.

TIPO DE MEDIDA ALTERNATIVA	EFFECTOS	REQUISITOS	FUENTE NORMATIVA
Reserva del fallo condenatorio	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se emite la sentencia pero se reserva la condena</li> <li>• Se impone un periodo de prueba de uno a tres años</li> <li>• Se fija una reparación civil</li> <li>• Cumplido el periodo de prueba, el juzgamiento se considera como no producido y no se registran antecedentes penales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La pena abstracta puede ser: multa; PPL no mayor de tres años; prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres no mayor a 90 jornadas; inhabilitación no mayor de dos años</li> <li>• Pronóstico favorable a la conducta futura del condenado</li> </ul>	Arts. 62° al 67° del Código Penal
Exención de pena	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se emite sentencia condenatoria pero se exime de pena</li> <li>• Se fija una reparación civil</li> <li>• No se registran antecedentes penales</li> </ul>		Art. 68° del Código Penal
Conversión de la pena	<ul style="list-style-type: none"> <li>• PPL se sustituye por una pena de multa, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres o vigilancia electrónica</li> <li>• Se aplica una reparación civil</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• PPL impuesta no superior a cuatro años</li> <li>• No sea posible aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio</li> </ul>	Arts. 52° al 54° del Código Penal
Sustitución de la pena	<ul style="list-style-type: none"> <li>• PPL se sustituye por una pena de prestación de servicios a la comunidad o limitación días libres</li> <li>• Se aplica una reparación civil</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Imposición de una PPL con carácter efectivo no superior a cuatro años</li> </ul>	Arts. 32° y 33° del Código Penal

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la CNUC ha mostrado una orientación, y vocación, enfocada a las penas privativas de libertad como sanción principal de los delitos de corrupción, de manera que las medidas alternativas deberán utilizarse de forma residual en este tipo de delitos.

#### ARTÍCULO 30° DE LA CNUC

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de estos delitos.  
(...)
5. 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.

### 3.4 La reparación civil como elemento integrante de la sentencia penal

La comisión de un ilícito penal no solo significa la lesión o puesta en peligro de alguna de las condiciones imprescindibles que aseguran la participación social del individuo (bienes jurídicos).

Con la realización de una conducta típica y antijurídica también nace la obligación de resarcir los daños, materiales o no, sufridos por la víctima. Dicho de otra forma, “la idea de que es preciso responder por el daño causado a otro (*neminem laedere*) es un postulado elemental en la teoría de la justicia y del Derecho, un axioma jurídico, y se encuentra en los estratos más profundos de la evolución que conduce a la noción moderna de la obligación”.<sup>243</sup>

Incorporar la institución de la responsabilidad civil extracontractual como elemento de la sentencia penal representa un entendimiento correcto acerca de la íntima vinculación que existe entre ambos tipos de sanciones (penal y civil), a su vez, cumple la función de prever un marco jurídico integral acerca de las distintas obligaciones que la actividad delictiva produce en sus responsables.

### 3.4.1 La naturaleza jurídica

De acuerdo al artículo 28° del Código Penal existen cuatro tipos de pena:

- La que priva de libertad al condenado
- La que le restringe su libertad
- La que limita sus derechos
- La que le impone una multa

En sentido estricto, el legislador peruano no considera la reparación civil como un tipo de pena, aunque sí previó su simultánea imposición. El artículo 92° del Código Penal estipula que la reparación civil (y con ello, previamente, la responsabilidad) se determina junto con la pena. Lo mismo ocurre con el art. 399.4 del Código Procesal Penal,<sup>244</sup> donde se menciona que en la sentencia condenatoria se decidirá también sobre la reparación civil.

El hecho de que la resolución judicial acerca de la responsabilidad penal y la civil de un sentenciado<sup>245</sup> se sitúe en el marco de un mismo proceso se sustenta, como mínimo, en dos razones:

- **La primera es de carácter práctico o por economía procesal**, ya que reservando la determinación de la responsabilidad civil en manos del juez penal se evita, en la víctima, la necesidad de recurrir a más de un proceso judicial para ver completamente satisfechos los legítimos intereses surgidos al sufrir un daño.<sup>246</sup> Se evita, al mismo tiempo, tener que llevar a cabo de manera paralela un proceso civil y uno penal.
- **La segunda razón, que es sustancial o material**, tiene que ver con la función común que comparte con la responsabilidad civil. Ambas respuestas estatales (penal y civil) apuntan a mantener condiciones mínimas de convivencia pacífica, instrumentalizando un sistema de reglas sociales basado en la obligación general de no dañar (o de responder por el daño causado<sup>247</sup>). Lo cual se expresa en objetivos de regulación distintos:<sup>248</sup> el daño resarcible<sup>249</sup> y la culpabilidad del acusado.

243 GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de Derecho Civil y Foral*. Tomo II: Obligaciones y Contratos. Barcelona: Bosch, 2005, p. 901.

244 Al igual que lo estipulado en el artículo 285° del Código de Procedimientos Penales.

245 La sentencia dictada por un juez penal puede ser absolutoria o condenatoria, pero en ambas situaciones el procesado queda sentenciado (libre o en prisión).

246 LÓPEZ JACOISTE, José Javier. *La Responsabilidad Civil Extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 57 y ss 13.

247 LASARTE, Carlos. *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. 18ª edición. Madrid: Tecnos, 2012, p. 423.

248 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Las Consecuencias Jurídicas del delito en el Perú”. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2006, p. 277.

249 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLO BASOCO. Op. cit. p. 245. ALASTUEY DOBON, Carmen, Luis GRACIA MARTÍN y Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 531 y ss.

La determinación de responsabilidad civil en el marco del proceso penal coadyuva en la función de la norma penal, que no es otra que la prevención<sup>250</sup> de conductas dañosas. Incluso ambas formas de sanción comparten, a su vez, algunos criterios semejantes de imputación formal de responsabilidad. Así, las disposiciones del Código Civil sobre la necesidad de un vínculo causal entre hecho generador y daño resarcible para fundar la existencia de responsabilidad civil presentan coincidencias con el presupuesto de la clásica tesis de la imputación objetiva en Derecho penal (con la salvedad de que antes que causal, el sistema penal es valorativo).

En este sentido, si la determinación de la responsabilidad civil encuentra cabida dentro del ordenamiento penal es porque la función del Derecho Penal “es también promover la convivencia pacífica con el menor coste de sufrimiento. Si el recurso a la pena se puede alcanzar gracias a la reparación (en los supuestos que el legislador lo permita), tanto mejor; y eso no será una perversión del derecho penal, sino, al contrario, algo coherente con su carácter de «extrema» o *ultima ratio*”.<sup>251</sup> Negar esta vinculación sería tanto como aceptar que el Código Penal actúa como un libro recopilador de distintos ordenamientos jurídicos, sin coherencia interpretativa interna. Esta posición resulta claramente incorrecta,<sup>252</sup> pues como se desprende del artículo 46.9 del Código Penal, se consigna que uno de los criterios para individualizar la pena es la “espontánea reparación que se hubiere hecho del daño”.<sup>253</sup>

Dicho de otro modo, la institución jurídica de la responsabilidad civil sirve a efectos de graduar la respuesta penal ante la comisión de un delito, justamente por su vinculación valorativa respecto de los fines de la pena. Por lo demás, la búsqueda de una reparación integral de la víctima incorpora al resto de instituciones del sistema de prevención y control de la actividad criminal, como por ejemplo, el Ministerio Público y la Procuraduría Pública.

Adicionalmente a esta función principal de reparar a la víctima, podemos atribuir a la determinación de la responsabilidad civil, las siguientes funciones<sup>254</sup> indirectas:

- Reaccionar frente a un acto ilícito dañino
- Retornar al *status quo* de la víctima
- Reafirmar el poder sancionatorio del Estado
- Producir disuasión entre quienes, voluntariamente o no, puedan producir actos perjudiciales<sup>255</sup>
- Distribución de las pérdidas
- Asignación de costos

De acuerdo a lo expuesto, no debería resultar extraño que la responsabilidad civil prescriba en el mismo tiempo en que prescribe la oportunidad de juzgamiento de la conducta típica que la produjo (artículo 101° del Código Penal). Las reglas civiles de la responsabilidad extracontractual están reguladas en el art. 2001.4 del Código Civil y solo prevén dos años habilitantes para exigirla en los tribunales. Sin embargo, en el mismo artículo se deja en claro que la regla general se aplica salvo disposición distinta de la ley, como es el caso de la legislación penal.

250 El propio Código Penal, en el artículo I del Título Preliminar, norma que el objeto del código es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de su dignidad.

251 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”. En: AA.VV, *La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”*. Navarra: ARANZADI, 2002, p. 33.

252 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit. p. 24.

253 Al extremo que el no pago de la reparación civil puede ser causal de revocación gradual de la forma de cumplimiento de la pena, hasta llegar a la efectiva pena privativa de libertad. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02826-2011-PHC/TC.

254 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de la Responsabilidad Civil”. Cuarta edición corregida. Lima, *Gaceta Jurídica*, 2006, p. 52. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p.119.

255 CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: IDEMSA, 2001, p. 78.

El hecho de que la sanción penal y la civil coincidan respecto a su fin último no quiere decir, necesariamente, que en ambos cuerpos normativos gobiernen los mismos principios jurídicos o la misma naturaleza de imputación. Y en efecto no es así, por ejemplo, en sede penal prima el principio de responsabilidad por el propio hecho y de presunción de inocencia, mientras que en el plano civil, la responsabilidad es solidaria<sup>256</sup> (artículo 96° del Código Penal), transmisible (artículo 95°) y transable (artículo 14.1 CPP), incluso puede alcanzar a quien no esté comprendido en la sentencia penal (artículo 99° CP).<sup>257</sup> La repercusión procesal también es distinta entre ambos ordenamientos, pues en el proceso penal la pretensión civil está en manos del afectado, es él quien debe probar el daño resarcible, limitando al juez sobre el monto indemnizatorio a resolver.<sup>258</sup> Algo que no ocurre respecto de la sanción penal, donde el juez tiene absoluta discreción en virtud del principio de inmediatez de la actividad probatoria para graduar el *quantum* de pena a imponer.

### 3.4.2 La responsabilidad civil extracontractual: Definición y contenido

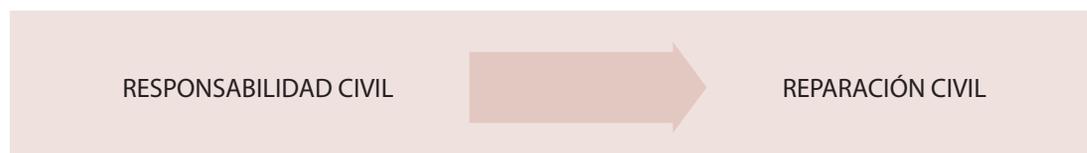
Las múltiples formas de interacción social obligan a las personas a asumir ciertos riesgos, tanto a la posibilidad de sufrirlos como de ocasionarlos. En algunas oportunidades, es posible acordar previamente la responsabilidad y el monto de reparación ante eventuales perjuicios (responsabilidad contractual),<sup>259</sup> pero ello no siempre es factible. Para los casos en los que no exista acuerdo previo nace la figura jurídica de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1969°, 1970° y 1976° del Código Civil.

**“Artículo 1969.-** Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

**“Artículo 1970.-** Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

**“Artículo 1976.-** No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”.

Los términos “responsabilidad civil” y “reparación civil” no son sinónimos. En principio, cuando se determina la responsabilidad civil se analizan los criterios objetivos (daño causado) y subjetivos (dolo o culpa) necesarios para poder imputar el perjuicio de un tercero a cierta persona. Luego, una vez constatada la existencia de responsabilidad podrá hablarse de la obligación de reparar, mediante la aplicación de conceptos como daño emergente, lucro cesante, proyecto de vida, etc., orientados a concretar una cifra económica exacta capaz de reparar en sus legítimos intereses al perjudicado. Esta línea de razonamiento es semejante de aquella que se aplica en el ámbito penal, donde como paso previo habrá que determinar la responsabilidad penal del agente, para luego proceder (utilizando criterios distintos) a determinar el *quantum* exacto de pena a imponer.



256 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Op. cit. p. 242.

257 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Las personas civilmente responsables”. En: AA.VV, *La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”*. Navarra: ARANZADI, 2002, p. 145.

258 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Op.cit. p. 236.

259 LÓPEZ JACOISTE, José. Op. cit. p. 60 y ss 14.

Como consecuencia de su distinta naturaleza material, que la reparación civil se determine junto con la pena no es óbice para que el juez penal pueda resolver acerca de la obligación civil sin que medie atribución de responsabilidad penal. Ello se encuentra previsto en los artículos 99° del Código Penal y 12.3 del Código Procesal Penal. La responsabilidad civil y la obligación de reparar el daño causado no derivan del comportamiento típico, antijurídico y culpable que este analiza en un proceso penal,<sup>260</sup> sino del daño causado.

Mientras en un proceso penal lo que se busca es determinar la culpabilidad del acusado, la obligación de reparar surge con el hecho generador del daño, no con el proceso penal<sup>261</sup>

La obligación de reparar es independiente de los resultados del proceso penal

El artículo 93° del Código Penal menciona que la reparación civil comprende la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización por daños y perjuicios. En relación con estas medidas corresponde hacer algunos comentarios:

- **La restitución:** Esta es la reparación más adecuada.<sup>262</sup> En este sentido, si la restitución es posible, esta deberá ser la medida ordenada. El perjudicado no podría rechazarla según su discrecionalidad y pedir la cuantificación económica del bien. Es más, incluso en aquellos casos donde esta sea posible, el juez penal debe cerciorarse del efectivo aseguramiento del interés perjudicado<sup>263</sup> en estricta atención del principio "*restitutio in integrum*".<sup>264</sup> No obstante, por cuestiones de justicia, el juez tendrá que prever que el afectado no reciba por encima de lo merecido, sino solamente que se restituya el probado daño que el perjudicado alega y argumenta, obligación que se complica al tratarse de datos morales.<sup>265</sup>
- **La indemnización:** Se encuentra regulada en el artículo 1985 del Código Civil e incorpora como contenido el lucro cesante,<sup>266</sup> el daño emergente<sup>267</sup> y el daño moral.<sup>268</sup>

Determinar el monto de la reparación civil supone un serio reto que la judicatura debe afrontar sin desligarse de la garantía procesal referida a la "debida motivación de las resoluciones judiciales";<sup>269</sup> estableciendo razonadamente las bases que justifiquen la cuantía de los daños e indemnizaciones.<sup>270</sup> Para ello existen dos salidas: La primera, fundamentar los presupuestos tomados en cuenta para llegar a una cifra global única, sin mencionar los detalles de los

260 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 3.

261 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil*, p. 38.

262 PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, vol. III. Barcelona: BOSCH, 1983, p. 192.

263 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Op. cit. p. 239.

264 Tribunal Constitucional Español, STC 181/2000 del 29 de junio de 2000.

265 CAVANILLAS, Santiago. Op. cit. p. 87.

266 Perjuicios de las ganancias que habrían ingresado al patrimonio del perjudicado de no haber sufrido el daño. CAVANILLAS, Santiago. "Efectos de la Responsabilidad 'ex delicto': indemnización de perjuicios materiales y morales". En: AA. VV, *La Responsabilidad Civil "ex delicto"*. Navarra, ARANZADI, 2002, p. 79.

267 Daño personal consistente en los daños sobre la persona o sus bienes que ya formaban parte de su patrimonio al momento del daño.

268 Daños distintos a la integridad física o psíquica del afectado relacionados a su personalidad, como por ejemplo, sensaciones o sentimientos (pecunia doloris). CAVANILLAS, Santiago, Op. cit. p. 82.

269 Artículo 139.5 de la Constitución Política.

270 Mandato expresamente estipulado en el artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú. Cabe señalar que el Código Penal español en su artículo 115° estipula expresamente el mandato dirigido al juez penal de fundamentar explícitamente el monto de la reparación civil.

sumandos. La segunda salida consiste en detallar cada elemento tomado en cuenta para llegar a una cifra exacta de reparación. Esto último resulta difícil de lograr, pues en muchas ocasiones la sola y razonable discrecionalidad judicial es el instrumento utilizado para determinar el *quantum* de indemnización.<sup>271</sup>

Como principio general, la reparación civil ha de ser una reparación de valor,<sup>272</sup> y este debe definirse en el momento de dictar sentencia. Por ejemplo, en el supuesto de restitución de un bien totalmente destruido habrá que definir si se ordena la restitución del bien en su valor predeterminado o si se resuelve por la simple restitución del valor venal (vendible o expuesto a la venta), es decir, el precio de mercado de un bien de similares características.<sup>273</sup> Por lo demás, el juez penal debe ceñirse además de la cifra monetaria afectada a conceptos como los intereses (legales) o el costo de oportunidad, pues una justa reparación sobrepasa la simple restitución.

El juez debe atender las circunstancias extrínsecas e intrínsecas que aumentan o disminuyen (por ejemplo el voluntario adelanto de la eventual reparación a manos del sentenciado) el monto de reparación

Respecto a los daños morales (cargas personales que el afectado deba afrontar luego de haber sido víctima del delito o traumas psicológicos, entre otros) es necesario tener presente que los mismos pueden generarse en el preciso momento de la ejecución del delito y, también, con posterioridad a este.<sup>274</sup> Las psicopatías o daños psíquicos no son parte de los daños morales, tales afectaciones se corresponden con los daños personales, los cuales pueden recaer contra la integridad física o psíquica del agraviado.

Es importante precisar que entre los criterios utilizados por el juez para determinar el *quantum* de la reparación civil a imponer, por razones de justicia y en estricto respeto del principio de igualdad, no podrá considerarse la capacidad económica del responsable civil, pues ello sería tanto como hacer responder en mayor cuantía a los que tienen más dinero y en menor medida a los que no lo tienen, cuando en realidad el único baremo de cuantificación es el daño resarcible soportado por el perjudicado de la conducta ilícita.

Finalmente, así como en algunos casos no es posible restituir el bien, no toda comisión delictiva supone la obligación de reparar civilmente al afectado.<sup>275</sup> La ejecución, perfecta o imperfecta, del delito tendrá que producir algún tipo de daño resarcible que permita al juez penal pronunciarse acerca del monto de la reparación civil. Por otro lado, la estructura típica de los delitos no niega, a priori, una eventual responsabilidad civil, pues incluso la comisión de delitos de peligro puede generar daños resarcibles.<sup>276</sup>

### 3.4.3 Breve referencia a la reparación civil en el caso de los delitos contra la administración pública

Los comportamientos típicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico “normal y correcto funcionamiento de la administración pública” legitiman su punición principalmente en dos

271 CAVANILLAS, Santiago. Op. cit. pp. 71-72.

272 *Ibidem*. p. 67 y ss.

273 CAVANILLAS, Santiago. Op. cit. p. 77.

274 *Ibidem*. p. 93.

275 MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Op. cit, p. 238. LONDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. cit. p. 149.

276 Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116.

argumentos: En primer lugar, existe una íntima relación entre la (de) eficiente administración de los recursos públicos y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. El fin prestacional del Estado se manifiesta en la dación de una serie de condiciones que permitan el desarrollo social del individuo, como salud, educación, trabajo, y demás derechos fundamentales básicos que la Constitución consagra. En segundo lugar, los delitos llevados a cabo contra la administración pública no solo repercuten en el tesoro público, sino también, y con mayor énfasis, en la institucionalidad gubernamental del país, afirmando en su población un sistema endeble de administración, comprometiendo al mismo tiempo sus posibilidades de desarrollo.

Los valores jurídicos y sociales afectados con la realización de conductas típicas contra la administración pública justifican, además y en todos los casos, la necesidad de explicitar cualitativa y cuantitativamente la forma de reparación civil a cargo del culpable del delito. En este contexto resultan plenamente aplicables las reglas antes comentadas referidas a la indemnización y restitución del bien. No obstante, existen ciertos matices que es conveniente precisar:

- En los delitos contra la administración pública no siempre es factible la “restitución del bien afectado” (salvo en el delito de peculado).
- La obligación de reparar no siempre se consignará solo a favor de la administración, sino que muchas veces tendrá que considerarse el interés del concreto particular afectado con la conducta ilícita (a manera de ejemplo, si un empresario desecha otras ofertas económicas por participar en una licitación pública acordada previamente de forma ilícita, merece que se le indemnice, por lo menos, respecto al costo de oportunidad asumido al perder otras ofertas, siempre que se pruebe el daño).
- Respecto a la reparación inmaterial del daño, se podrían considerar como forma cualitativa de reparación civil ciertas conductas valorativas y simbólicas dirigidas a reforzar la institucionalidad de la entidad involucrada en el hecho típico de corrupción<sup>277</sup> (por ejemplo, el Poder Judicial, alguna universidad nacional, el Congreso de la República, entre otros), de manera que se contribuya en la labor de información y concientización a la población acerca de las falsas virtudes de un sistema público corrupto.
- Finalmente, respecto a la responsabilidad civil subsidiaria o solidaria de la administración pública ante los daños producidos en los administrados por conductas de sus funcionarios, podemos partir de un criterio general, según el cual, la administración solo podrá responder civilmente por los daños producidos cuando sus dependientes hayan actuado en ejercicio funcional habilitado.<sup>278</sup> Prueba de ello es lo regulado en el artículo 139.7 de la Constitución, donde se prevén indemnizaciones: i) por errores judiciales y ii) detenciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en los dos supuestos citados, la administración debe cumplir como responsable solidario de los daños producidos por sus funcionarios en el (incorrecto) ejercicio de sus labores. En el marco del proceso penal por la comisión de un tipo penal contra la administración pública, por lógica, la administración podría quedar obligada en la sentencia como obligado civil, solidario o subsidiario, siempre que se pruebe la relación causal entre el hecho generador y el daño resarcible.

277 MORALES GODOL, Juan. “Naturaleza del daño moral, ¿punitiva o resarcitoria?” En: *Responsabilidad Civil II*. ESPINOZA, Juan. Lima: RODHAS, 2006, p. 188.

278 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit. p. 174.

## Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos

El presente capítulo abordará los delitos contra la administración pública más relevantes y que han manifestado mayores elementos problemáticos que requieren el planteamiento de soluciones. Asimismo, se intentará dar respuesta a los problemas concursales que cada uno de estos presentan.

### 4.1 Los delitos de cohecho

Los delitos de cohecho, también denominados “delitos de corrupción de funcionarios”, vienen a representar un conjunto de delitos consistentes en la compra-venta de la función pública.<sup>279</sup> La característica común de estos es su “bilateralidad” o la naturaleza de “delitos de participación necesaria” ya que, siempre, las partes que interviene son dos:<sup>280</sup>

- El funcionario que acepta o solicita el “pago” por la venta de la función pública
- El sujeto que compra el “servicio” o recibe el ofrecimiento del funcionario

Los principales delitos de cohecho o corrupción de funcionarios son dos:

- Cohecho pasivo
- Cohecho activo

A continuación analizaremos cada uno de ellos.

#### 4.1.1 Los cohechos pasivos

Las figuras delictivas de cohechos pasivos, a grandes rasgos, sancionan al funcionario que recibe, acepta, o solicita recibir de una persona una ventaja o beneficio de cualquier índole a cambio de realizar algún acto conforme o contrario a sus funciones públicas, o por haber realizado, anteriormente, uno de estos actos. Es decir, los cohechos pasivos se encargan de incriminar solo a una de las partes intervinientes en el contexto de compra-venta de la función pública: El funcionario público.

Existen dos tipos de cohecho pasivo:

- El cohecho pasivo propio
- El cohecho pasivo impropio

No es posible identificar un único y común bien jurídico específico para el cohecho pasivo propio e impropio.<sup>281</sup> Por ello, cuando a continuación se analice cada uno de estos delitos, se identificará su respectivo bien jurídico específico.

279 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 409. MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA. Comentarios al Nuevo Código Penal. Gonzalo Quintero Olivares (director). Navarra: Aranzadi, 2005, p. 2108.

280 *Ibidem*.

281 En este punto, los autores del manual concuerdan con: MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA. Op. cit. p. 2109 y ss. y con: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 420 y 421.

#### 4.1.1.1 Cohecho pasivo propio

El artículo 393° del Código Penal que tipifica el delito de cohecho pasivo propio establece lo siguiente:

##### ARTÍCULO 393° DEL CÓDIGO PENAL

“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal”.

“El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal”.

“El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal”.

Como puede observarse, el cohecho pasivo propio, sanciona tanto al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones (cohecho pasivo propio “antecedente”), como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a consecuencia de haber faltado ya a sus deberes.<sup>282</sup>

#### El bien jurídico específico

En la doctrina penal comparada<sup>283</sup> y nacional<sup>284</sup> actual, parece haber acuerdo en que el bien jurídico específico protegido por el cohecho pasivo propio es la “imparcialidad” en el ejercicio de la función pública. Es decir, la imparcialidad, en tanto condición imprescindible y esencial para el funcionamiento adecuado de la administración pública<sup>285</sup>, implica el deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad, para satisfacer el interés general y no los privados.<sup>286</sup> La imparcialidad supone que el funcionario público debe estar sometido exclusivamente a la legalidad, sin permitir la interferencia de intereses económicos o de cualquier otra índole en su proceso de toma de decisiones.<sup>287</sup>

282 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 438.

283 Así lo afirma DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 17, 2006, p. 110.

284 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 422.

285 Este principio ha sido recogido como deber fundamental en el desempeño de la función pública en el Código de Ética de la Función Pública - Ley N° 27815 (artículo 7.1).

286 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit. p. 112. Fermín MORALES PRATS y María José RODRÍGUEZ PUERTA. Op. cit. p. 2105.

287 *Ibidem*.

## JURISPRUDENCIA

### Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1406-2007-Callao del 7 de marzo de 2008 (Fundamento 5°)

“(...) el bien jurídico protegido en esta clase de delitos [cohechos], es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos (...)”

#### 4.1.1.2 Cohecho pasivo impropio

El artículo 394° del Código Penal, que tipifica el delito de cohecho pasivo impropio establece lo siguiente:

#### ARTÍCULO 394° DEL CÓDIGO PENAL

“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja” o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal”.

“El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal”.

Como se puede apreciar, el delito de cohecho pasivo impropio sanciona, tanto a aquel funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir un donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar *un acto propio de su cargo*, como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a consecuencia de haber realizado ya el acto funcional.<sup>288</sup>

#### El bien jurídico específico

En la doctrina penal sigue habiendo discrepancias en cuanto al objeto de protección en este delito de cohecho. Básicamente, podemos exponer dos de estas posiciones:

- El bien jurídico específico es la honradez o integridad de la condición de funcionario público:<sup>289</sup> Postura que no es compartida por los autores de este manual, dado que la utilización de conceptos como la “honradez” o “integridad” referidas a la condición de funcionario público resultan demasiado subjetivas.<sup>290</sup>
- El bien jurídico específico es la gratuidad o no venalidad de la función pública:<sup>291</sup> Esta es la postura que comparte la presente publicación, dado que cuando se trata de un cohecho pasivo impropio no se pone en peligro alguno el servicio público, pues el acto realizado o por realizar es lícito, propio del cargo del funcionario.

288 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. 456 y ss.

289 Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit. p. 137.

290 Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit. pp. 92-95.

291 Cfr. FISCHER citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Op. cit. p. 119.

### 4.1.2 Cohecho activo genérico

El artículo 397° del Código Penal que tipifica el delito de cohecho activo genérico establece lo siguiente:

#### ARTÍCULO 397° DEL CÓDIGO PENAL

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

Como se observa de la redacción del tipo, el cohecho activo está dirigido a sancionar a la otra parte con la que el funcionario vende la función pública. Por tanto, sanciona a la persona que ofrece o promete dar a un funcionario algún donativo, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus funciones, o realice u omita actos propios de su cargo.

#### El bien jurídico específico

La identificación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho activo dependerá de la modalidad delictiva que cometa el autor.<sup>292</sup>

- Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice u omita un acto en violación de sus obligaciones el bien jurídico protegido será la “imparcialidad” en la función pública<sup>293</sup>
- Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice un acto propio de su cargo, el bien jurídico protegido será la gratuidad o no venalidad de la función pública

Debe tenerse presente que, en esta figura delictiva, se protegen los bienes jurídicos antes mencionados solo frente a conductas de peligro, pues sobre el particular no pesa la obligación de resolver con imparcialidad o sin abuso del cargo. El cohecho activo es un delito que pone en peligro la “imparcialidad” o el “ejercicio no abusivo del cargo público”, porque favorece que el funcionario público que recibe la “coima” o soborno atente directamente contra ellos.<sup>294</sup>

### 4.1.3 Elementos problemáticos

A continuación, se expondrán y analizarán tres de los problemas más importantes que presentan estos delitos de cohecho. En primer lugar, la problemática del sujeto activo en los delitos de cohecho pasivo; en segundo, se tratará el de la “persona interpuesta” en los delitos de cohecho pasivo; y finalmente, se dará a conocer la no necesidad de valoración económica de la ventaja o dádiva en todos los delitos de cohecho.

<sup>292</sup> Identifica dos bienes jurídicos protegidos en el delito. Ver: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 466.

<sup>293</sup> De manera similar, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 85 y ss.

<sup>294</sup> Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. pp. 84 y 106.

### El sujeto activo

Un primer problema que se presenta, en los delitos de cohecho pasivo, es el sujeto activo. Conforme lo establecido por la doctrina penal, un sujeto activo del cohecho pasivo propio e impropio solo puede ser aquel funcionario que actúa en el ámbito de sus competencias; es decir, no puede ser sujeto activo el funcionario que actúa invadiendo las funciones de otro.<sup>295</sup>

Por tanto, los actos funcionales que se venden por parte del funcionario público a cambio de la dádiva o beneficio, tienen que estar siempre relacionados con el ejercicio legítimo de su cargo. Cuando el funcionario que recibe la dádiva o beneficio no tenga atribuciones sobre el acto que vende podrá haber “estafa”<sup>296</sup> –si recibe dinero haciendo creer a la otra persona que es el funcionario encargado por ejemplo– o “usurpación de funciones” –si realiza acciones para las que no tiene competencias–,<sup>297</sup> pero no habrá un cohecho pasivo.

Cabe señalar que, un acto propio de las competencias funcionales del autor también es el que pertenece al ámbito de decisión general del funcionario.<sup>298</sup> Aun cuando el funcionario no ejecute los actos directamente, sino a través de subordinados por ejemplo, también habrá que apreciar un acto propio de sus competencias legítimas y, por lo tanto, podrá ser aplicado el delito de cohecho pasivo.

#### EJEMPLO

Cometerá delito de cohecho pasivo propio el coronel que recibe S/. 1,000 nuevos soles de una persona para que ordene a sus subordinados encargados (suboficiales) aplazar un desalojo.

### La recepción del beneficio por la persona interpuesta

Otro aspecto problemático; la persona que recibe o acepta el beneficio, sea esta o no diferente al funcionario público competente para realizar el acto. En estos casos, se habla de la intervención de una “persona interpuesta”.

La legislación peruana, a diferencia de la española, no ha estipulado expresamente que la recepción o aceptación del beneficio pueda darse a través de una “persona interpuesta”. Sin embargo, esto no supone un obstáculo para que, en aplicación de las reglas generales de la autoría y participación, se puedan subsumir conductas como estas, también, en el delito de cohecho pasivo.<sup>299</sup>

En efecto, el funcionario que utiliza a otra persona para recibir el beneficio (persona interpuesta) podrá ser considerado “autor mediato” (si se ha utilizado sobre el *extraneus* coacción, engaño, amenaza, etc.) o simplemente “autor” del delito (si la persona interpuesta actúa con pleno conocimiento de su accionar delictivo). En este último caso, la persona interpuesta sería lo que se denomina “instrumento doloso no cualificado”<sup>300</sup> que, siguiendo la “teoría de la unidad del título de la imputación”,<sup>301</sup> debe responder como cómplice del delito de cohecho pasivo.<sup>302</sup> El funcionario que utiliza un “instrumento doloso no cualificado” para cometer el delito evidentemente responde como autor del mismo, dado

295 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 427.

296 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 959.

297 Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 716.

298 *Ibidem*.

299 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 449.

300 Ver punto 2.6 del manual.

301 Ver punto 2.6 del manual.

302 Admite la posibilidad de sancionar al partícipe *extraneus* del cohecho pasivo. Ver: ORTS BERENGUER, Enrique. Op. cit. p. 719.

que es él quien tiene el acceso al bien jurídico en situación de vulnerabilidad.<sup>303</sup> El “instrumento” (*extraneus*), aunque actúe con dominio del hecho, no podrá responder nunca como autor.

#### JURISPRUDENCIA

##### **Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima del 10 de noviembre de 1999 (Fundamento 9°)**

“(..)

es necesario abordar el tema de la consumación del delito; esto es, la solicitud o entrega del dinero; en este punto, debemos esbozar lo sostenido por Carlos Creus en su obra “Derecho Penal - Parte Especial” respecto de la persona interpuesta que “las acciones de recibir o aceptar puede realizarlas el funcionario por sí o por persona interpuesta; es decir, personalmente o por intermedio de un tercero”. La referencia de la ley a la persona interpuesta no es simplemente material [de la tipicidad de la conducta], sino una referencia en orden a la participación [posibilidad de que *extraneus* interpuesto sea partícipe del delito] (...)”

#### ***La no necesidad de contenido patrimonial de la ventaja o dádiva***

Se ha discutido en doctrina si un favor sexual o sentimental puede constituir un beneficio que se entrega al funcionario a cambio de que realice un acto contrario a sus obligaciones o propio de su cargo. Existen posiciones que sostienen que la dádiva o ventaja solo puede ser aquella que tenga contenido patrimonial<sup>304</sup>, mientras que existen otras que postulan que, dado el abanico de ventajas señalado por el tipo penal de cohecho (beneficio, venta, donativo, promesa), la dádiva o ventaja puede ser de cualquier naturaleza.

Los tipos penales nacionales de cohecho sí permiten incluir dentro del concepto “ventaja” o “beneficio” los favores sexuales por ejemplo, que no tienen contenido patrimonial o económico.<sup>305</sup> Este es un principio establecido en la CNUC en su artículo 3°, que señala:

#### ARTÍCULO 3° CNUC

“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”.

En estos casos, aun cuando no se pueda poner un precio de mercado a la ventaja obtenida por el funcionario, sí existe un condicionamiento del ejercicio de la función pública a fines distintos a los intereses generales, por lo que es perfectamente posible apreciar la configuración del delito.<sup>306</sup>

303 Ver punto 2.6 de este manual.

304 Cfr. ORTS BERENQUER, Enrique. Op. cit. pp. 714 y 715.

305 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 436 y 437 y ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 644.

306 En este mismo sentido, se ha pronunciado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 15°, donde establece que; para apreciar un delito de soborno (cohecho) se debe aceptar o solicitar en general un “beneficio indebido”; es decir, no interesa el contenido económico o no de este.

## JURISPRUDENCIA

### Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2673-95-Callao del 5 de marzo de 1997

“(…) Compulsando los actuados, es de apreciarse que las declaraciones proporcionadas por la agraviada no son informes, restándole credibilidad; por otro lado, no existe en autos el certificado médico legal que corrobore el dicho de la agraviada de haber accedido a las prácticas sexuales con el sub oficial de la Policía Nacional en la carceleta judicial del Palacio de Justicia del Callao bajo promesa de ayudarla a huir; que la simple imputación no corroboradas con otras pruebas no es suficiente para un fallo condenatorio (…)”

#### 4.1.4 Problemas concursales

Los delitos de cohecho presentan principalmente problemas de concurso entre las figuras delictivas de cohecho, la concusión y el tráfico de influencias.

##### *Problema concursal entre las figuras de cohecho*

Respecto a los delitos de encuentro, en el punto 2.4 de este manual, se menciona que existen varios delitos contra la administración pública que presentan esta problemática dada su naturaleza “plurisubjetiva” o de “participación necesaria”. El delito de cohecho es uno de los delitos que presenta esta problemática de los delitos de encuentro, pues al tener la característica de “bilateralidad”, surge la pregunta de qué delito aplicar a cada uno de los intervinientes.

## EJEMPLO

Un sujeto “A” entrega S/. 100 nuevos soles a un funcionario “B” de una municipalidad para que le apruebe una solicitud de licencia de funcionamiento y omita valorar ciertos aspectos técnicos que la harían improcedente.

En este caso hay tres posibles soluciones:

- i) Sancionar al funcionario “B” como autor del delito de cohecho pasivo propio y al sujeto “A” como partícipe del mismo delito
- ii) Sancionar al sujeto “A” como autor del delito de cohecho activo genérico y al funcionario “B” como partícipe del mismo
- iii) Sancionar al funcionario “B” como autor del delito de cohecho pasivo propio y al sujeto “A” como autor del delito de cohecho activo genérico.

De las posibles soluciones, la tercera es la correcta, dado que, cuando estamos ante casos de delitos de encuentro en los que el partícipe necesario (sujeto “A”) es favorecido por el delito cometido por el autor (funcionario “B”) y la conducta de aquel está, también, sancionada por separado en otro tipo penal, cada interviniente responde como autor de su propio delito.<sup>307</sup> Es decir, el sujeto “A” responde solamente como autor del delito de cohecho activo y el funcionario “B”, solamente, como autor del delito de cohecho pasivo propio.

Lo que en puridad existe en esta problemática es un concurso aparente de delitos, pues solo uno de ellos será aplicado a cada uno de los intervinientes, toda vez que la aplicación de las soluciones ii) y iii) antes descritas supondría la violación del principio *ne bis in ídem* (prohibición de doble sanción por lo mismo).<sup>308</sup>

307 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 77.

308 Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2004, p. 646.

### **Problema concursal entre los cohechos pasivos y el delito de concusión (artículo 382° del Código Penal)**

Entre los delitos de cohecho pasivo y concusión<sup>309</sup> existe un concurso aparente de normas, por lo que solo se aplicará uno de ellos. En este caso, el delito de concusión.

Entre el delito de cohecho pasivo y el delito de concusión, existen las siguientes semejanzas en ambos delitos: 1) El sujeto activo es un funcionario público, 2) existe un abuso de poder del funcionario y 3) el autor se beneficia.

Sin embargo, existen también importantes diferencias sustantivas entre los dos delitos, podemos mencionar las siguientes: 1) En la concusión se usa la violencia, la amenaza o el engaño como medios que vician la voluntad del particular<sup>310</sup> en contraste, 2) en los cohechos pasivos no existen dichos medios; 3) en la concusión, el particular que interviene no responde penalmente, por su parte, en los cohechos pasivos el particular sí puede responder por el delito de cohecho activo.

**CUADRO 1. DELITO DE CONCUSIÓN Y COHECHOS PASIVOS: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS**

DELITO	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS
Concusión	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Uso de violencia, amenaza o engaño que vicia la voluntad del particular</li> <li>• El particular sobre el que recae la violencia, amenaza o engaño no responde penalmente</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El sujeto activo es un funcionario público</li> <li>• Existe abuso de poder del funcionario</li> <li>• Existe beneficio para el autor</li> </ul>
Cohechos pasivos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Existe libertad contractual entre el funcionario y el particular</li> <li>• No existen medios que vician la voluntad del particular</li> <li>• El particular que interviene puede responder penalmente.</li> </ul>	

Así pues, al tener los delitos de cohecho pasivo y concusión ciertos elementos divergentes, entre ellos lo que se aprecia es un concurso aparente de delitos que deberá resolverse a través del criterio de especialidad. Si estamos ante un caso donde existe la utilización de medios coercitivos o fraudulentos, se aplicaría solamente el delito de concusión; mientras que si estamos ante un caso donde dichos medios no existen estaríamos ante el delito de cohecho pasivo.

Cabe señalar, sin embargo, que este es un debate abierto, por lo que podría considerarse también que estamos ante un concurso ideal entre estos dos delitos.

## **4.2 El delito de peculado**

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387° del Código Penal de la siguiente manera:

309 "Artículo 382.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años."

310 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. pp. 365 y 368.

### ARTÍCULO 387° DEL CÓDIGO PENAL

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma para sí o para otro, caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años”.

“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años”.

“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

#### 4.2.1 El bien jurídico específico

En el ordenamiento jurídico peruano, la discusión en torno a cuál es el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado ha quedado zanjada con la emisión del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.<sup>311</sup> Este señala que el peculado es un delito pluriofensivo y que el bien jurídico contiene dos partes:

- Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública
- Evitar el abuso del poder de los funcionarios o servidores públicos, que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad

En otras palabras, se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado. Esta perspectiva bipartita del bien jurídico ha sido acogida por la jurisprudencia nacional.

#### JURISPRUDENCIA

##### **Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 011-2001 del 8 de agosto de 2006**

##### **Caso Crousillat**

“Esta figura delictiva tiene como objeto de tutela, en términos globales, proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, al igual que todas las demás figuras contempladas en el Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos. Se trata de un delito pluriofensivo, cuyo bien jurídico protegido se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público”.

311 Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116. Fundamento 6°.

## JURISPRUDENCIA

### **Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° AV-23-2001 del 23 de julio de 2009**

#### **Caso CTS Montesinos**

“El sujeto activo es el funcionario o servidor público que realiza cualquiera de las dos modalidades típicas que regula la ley. Esto es, la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos. (...) siendo su nota característica y exigencia de naturaleza objetiva que la conducta del funcionario o servidor público exprese un acto de disposición patrimonial que desconoce la titularidad del Estado sobre los bienes ejecutados. Estos aspectos hacen del delito una conducta de naturaleza pluriofensiva. En el Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, se deja sentado que ese carácter está vinculado con la protección de dos objetos específicos merecedores de protección penal: i) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

## 4.2.2 Elementos problemáticos

### ***La posición del funcionario público***

Un aspecto que antes podía ser considerado problemático en torno al delito de peculado, superado actualmente, a nivel jurisprudencial es sobre la posición que el funcionario público debe tener para poder cometer esta transgresión. Así, para que un funcionario pueda ser considerado autor del delito de peculado, los recursos o caudales públicos no tienen que encontrarse necesariamente bajo su tenencia material directa. Por el contrario, lo que este exige es que el funcionario cuente con disponibilidad jurídica.

La disponibilidad jurídica implica que el agente tenga, por efecto de la ley, libre disposición sobre los bienes, caudales o recursos. Es decir, el funcionario debe tener una competencia específica sobre los recursos públicos, adquirida por efecto del cargo público que desempeña. Y dicha competencia debe consistir en tener la facultad para poder disponer de los recursos sin necesidad de mantenerlos, materialmente, bajo su custodia. Este tema ha quedado esclarecido gracias, nuevamente, al Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

### **CASO DE LA EX CONGRESISTA, ELSA CANCHAYA**

Un ejemplo claro de que no es necesario que el funcionario público tenga bajo su custodia material directa los recursos o caudales, es el de la ex congresista, Elsa Canchaya. Si bien ella fue condenada por el delito de nombramiento ilegal, también pudo ser condenada por el de peculado a favor de tercero, ya que la conducta ilícita que cometió consistió en contratar como asesora de su despacho a Jacqueline Simón Vicente, quien no contaba con los requisitos necesarios y exigidos por ley para ocupar dicho cargo de asesora del despacho congresal y, también, empleada del hogar en el domicilio de Elsa Canchaya.

Como se estableció en la sentencia que la condenó por delito de nombramiento ilegal,<sup>312</sup> la ex congresista tenía el control sobre la designación directa de su asesora, poder que, según dejó establecida la sala que la condenó, no lo tenía la dirección de Recursos Humanos del Congreso. Este es el fundamento para considerar que también pudo ser condenada por el delito de peculado.

En este sentido, si bien Elsa Canchaya no tenía el control material sobre el dinero que se le pagaba a su asesora, dado que podía designarla discrecional y directamente, tenía una competencia funcional o disponibilidad jurídica sobre los recursos que se destinarían a pagar el sueldo que, indebidamente, recibió Jacqueline Simón Vicente. Así, se podría entender configurado el delito de peculado a favor de un tercero.

### **Los viáticos como objeto del delito de peculado**

Un segundo elemento, que aún es considerado problemático, es el de los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado. Se debe entender por viático “cualquier asignación en dinero o en especie, fuente de financiamiento; por viajes dentro del país (o fuera del país), al que perciba el comisionado por cualquier concepto de viajes en comisión de servicio oficial o capacitaciones autorizadas”.<sup>313</sup> En otras palabras, los viáticos serán “la asignación que se otorga al personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque (...)).”<sup>314</sup>

El problema respecto a los viáticos y el delito de peculado radica en que no hay un acuerdo en doctrina ni en jurisprudencia respecto a si el no reintegro de saldos no utilizados por parte del funcionario público que recibe los viáticos, constituye un delito de peculado por apropiación o por utilización (distracción) o si, por el contrario, dicho hecho no tiene relevancia penal.

Así, un ejemplo de decisiones por las cuales se considera que dicho acto tiene relevancia penal y constituiría peculado sería el siguiente:

#### **JURISPRUDENCIA**

##### **Resolución N° 2665-2008, del 21 de enero de 2010 emitida por la Sala Penal Permanente**

En dicha decisión se afirmó que no retornar el saldo del viático no utilizado constituye un delito de peculado pues se habrían realizado “*actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado [al funcionario público] para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal*”.

No obstante, en el sentido opuesto podemos encontrar fallos judiciales como el siguiente:

312 Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 07-2007, del 7 de octubre de 2009.

313 Definición tomada de la Directiva N° 004-2011 UNH.

314 Directiva N° 009-2005/CONSUCODE/PRE.

## JURISPRUDENCIA

### Resolución de la Sala Penal Transitoria, recaída en el expediente N° 260-2009 del 3 de marzo de 2010

[Los casos de funcionarios que no rindieron cuentas de los gastos de sus viáticos no tienen relevancia penal porque estos viáticos] *“tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente (...)”*.

La opción que parece ser la más adecuada, según los fines del Derecho Penal y el interés constitucional de persecución y represión de actos de corrupción, es la primera. Es decir, aquella que considera que los casos en los que un funcionario público se queda con el saldo del viático que no utilizó, constituye la comisión de un delito de peculado.

Esta posición se apoya en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 007-2013-EF, según el cual los funcionarios públicos se encuentran obligados a rendir cuentas por los gastos debidamente fundamentados en concepto de movilidad, hospedaje y alimentación que requiera su comisión de servicio. Es decir, los funcionarios públicos no cuentan con discrecionalidad absoluta en relación a los fondos públicos que reciben en calidad de viáticos. Por el contrario, tienen el deber de rendir cuentas de los gastos efectuados. Como puede apreciarse, esta postura es la que se condice mejor con el bien jurídico protegido en el delito de peculado; la administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado al funcionario en razón de su cargo.

Ahora bien, un segundo problema que surge en este punto es dilucidar si este delito de peculado se cometería por la apropiación del dinero recibido en calidad de viático, o por su indebida utilización. Una vez más, la opción más correcta pareciera ser la de considerar que se trata de delitos de peculado por utilización (distracción). Los billetes se entregan en propiedad y, en este orden de ideas, un agente público no podrá apropiarse de algo que ya se encuentra dentro de su patrimonio como si él fuera el propietario. Es por ello que, lo más adecuado, sería considerar que la no devolución del saldo no utilizado del viático constituye un supuesto de administración desleal del patrimonio público o, en otras palabras, una utilización indebida del patrimonio administrado por el Estado, mas no una apropiación en sí.<sup>315</sup>

### Uso particular de vehículos del Estado

Finalmente, un problema que se ha venido suscitando es el trato de aquellos casos donde un funcionario público, por ejemplo el jefe de una entidad pública, hace uso particular del vehículo que el Estado le ha entregado por razón de su cargo pero no como instrumento de trabajo sino para su servicio personal. Y es que el artículo 388° CPP establece que se sancionará penalmente al *“funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa, permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda (...)”*. Pero también, en el último párrafo, indica que *“no están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”*.

315 Una explicación más detallada de esta postura se puede encontrar en “Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado” En: *Boletín Anticorrupción*, N° 8, diciembre 2011. En: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/diciembre\\_2011\\_n08.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/diciembre_2011_n08.pdf)

Entonces, según lo establecido en este último párrafo, aquellos casos en que un ministro, por ejemplo, utiliza la camioneta que el Estado le ha otorgado –para su servicio personal– un fin de semana de paseo a la playa o para trasladar material de campaña en época electoral, no serían considerados delito de peculado de uso. Incluso, el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM<sup>316</sup> ha reafirmado lo establecido por el último párrafo del artículo en análisis, disponiendo lo siguiente:

“Usar indebidamente o dar una aplicación diferente, a los bienes y recursos públicos que le han sido confiados en administración o custodia o que le han sido asignados con ocasión de su cargo o función, o, que han sido captados o recibidos para la adquisición de un bien, la realización de obra o prestación de servicio, cuando de dicho uso o aplicación se obtenga un beneficio personal no justificado o desproporcionado, o sea para actividades partidarias, manifestaciones o actos de proselitismo. Esta infracción es considerada muy grave. No está comprendido en esta infracción el uso de los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo.”

A pesar de esta norma, existe un problema de técnica legislativa pues este tipo de casos parecen escapar a la regulación penal de este delito aunque esto sean supuestos donde se evidencia claramente una utilización que si bien responde a un uso personal formalmente permitido por la norma, no solo escapa a las finalidades públicas sino que, también, pueden entrar en conflicto directo con ellas.

#### 4.2.3 Problemas concursales

El delito de peculado puede presentar algunos problemas concursales con otros. Probablemente, el más frecuente sea el concurso aparente de delitos entre peculado y *malversación de fondos* (artículo 389° CP). Este se fundamentaría en la existencia de algunos elementos que ambos tendrían como características comunes:

- El objeto del delito en el peculado y en la malversación de fondos es el dinero o bienes del Estado o que este tiene a su cargo
- Ambos delitos exigen una relación funcional especial entre el funcionario público y los bienes o dinero público aunque más adelante se abordará que, en cada uno, se exige una relación particular
- Pueden terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o función pública

Sin embargo, a pesar de estos elementos comunes, la diferencia entre el delito de peculado y de malversación de fondos es pronunciada. Por un lado, para la comisión de un delito de peculado, el funcionario público debe encontrarse en una situación de percepción, custodia o administración de los bienes o caudales públicos. En este último caso, el funcionario público administra los bienes o caudales pero estos no se encuentran destinados para un fin específico de manera reglada. En cambio, en el delito de malversación se exige que el funcionario o servidor público se encuentre en una relación de administración de bienes o caudales de una partida pública determinada y destinada, en este sentido, para un fin público específico. En otras palabras, en ambos casos, existe la facultad de disponer de los bienes o caudales, pero en el caso del delito de malversación, esta se encuentra normada. Esto supone que el agente público tenga la facultad no solo de disponer de los bienes públicos sino, específicamente, de aplicarlos a finalidades legalmente determinadas.

316 Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29622, denominado Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

El peculado puede parecerse a la malversación de fondos públicos ya que la apropiación o utilización del dinero público para un fin privado y la aplicación distinta a la definitiva de los bienes o dinero que administra pueden generar una afectación en la prestación de un servicio o función pública, ya sea porque se utilizó para fines privados o para fines públicos distintos a los establecidos previamente por ley.

Sin embargo, queda claro que la diferencia esencial entre ambos delitos radica en que, en el peculado, la finalidad que se le da a los bienes o caudales públicos es una finalidad privada, mientras que en el delito de malversación de fondos la utilidad o destino sigue siendo público. Es en este orden de ideas que solo puede darse un concurso aparente entre ambos delitos cuando se trate de un mismo hecho.<sup>317</sup> En relación a este punto, es importante aclarar cuándo puede hablarse de “aplicación pública” de los caudales o bienes públicos. Aquí, es relevante indicar que una aplicación pública no se justifica, necesariamente, cuando el dinero o recursos públicos se destinan a un grupo o a un colectivo de personas. En este caso, por ejemplo, un alcalde decide destinar fondos de su partida de subvenciones sociales para construir un local de un comedor popular pero disponiendo que sea pintado con los colores de su partido. Aquí, la agrupación política puede ser técnicamente considerada un colectivo de personas. No obstante, para identificar si nos encontramos frente a una aplicación privada y no pública de los recursos, debe identificarse si existe un interés privado indirectamente manifestado en la disposición de dichos recursos. Cuando se pueda detectar dicho interés privado aunque haya sido manifestado de manera indirecta, estaremos frente a un delito de peculado y no de malversación de fondos.

### 4.3 El delito de malversación de fondos

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

#### ARTÍCULO 389° DEL CÓDIGO PENAL

“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

“Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años”.

#### 4.3.1 El bien jurídico específico

El bien jurídico específico que se tutela penalmente en el delito de malversación de fondos es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En otras palabras, busca proteger que la ejecución del gasto y empleo de bienes y dinero público se efectúe bajo una organización racional y ordenada.<sup>318</sup>

317 En esta misma línea: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 552. El autor afirma que “la aplicación diferente, es decir, la utilización, empleo o inversión distinta, tiene que circunscribirse al ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos. Porque si el funcionario destina el dinero o bienes a su uso, provecho personal o de terceros, el tipo penal no será malversación sino peculado”.

318 Esta postura es compartida por: ROJAS VARGAS, Fidel. Op.cit. pp. 549-550. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op.cit. p. 381. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2011, p. 386.

Esta postura ha sido acogida jurisprudencialmente, como se puede observar en los siguientes extractos:

#### JURISPRUDENCIA

##### **Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3630-2001 del 23 de enero de 2003**

“En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”.

#### JURISPRUDENCIA

##### **Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3923-96 Ancash del 10 de noviembre de 1997**

“Si bien la imputación se sustenta sobre malversación de fondos, no existe en autos ninguna prueba que acredite dicha imputación, ni la supuesta existencia de un programa de inversiones por la entidad municipal, como para inferir que el encausado haya violado el principio de legalidad presupuestal, elemento que caracteriza este delito por la desviación de fondos públicos predeterminados por ley o por acto administrativo; siendo del caso absolver al procesado”.

*Nota: el subrayado es un añadido de los autores de este manual.*

### 4.3.2 Elementos problemáticos

#### **Relación especial con el bien**

Un primer elemento que podría suscitar problemas en su interpretación y comparación con el delito de peculado, es el de la especial relación que el agente público debe guardar frente a los bienes y dinero público objeto del delito de malversación. Como se adelantó en el acápite correspondiente al delito de peculado y sus problemas concursales, en el caso del delito de malversación, el tipo penal exige una relación de administración entre el funcionario y los recursos públicos. De este modo, el funcionario o servidor público deberá poder disponer de los fondos públicos que se encuentran adscritos a una partida determinada y destinada a un fin público específico. Es decir, la finalidad de los recursos de dicha partida está, previamente, reglada. En este sentido, la ley penal no exige que el sujeto activo guarde una relación de percepción o custodia sino solo de administración. Por ello, si el funcionario solo se encontrara en una relación de custodia del bien o recurso público, no podría cometer malversación de fondos.

#### **La aplicación pública diferente**

Un segundo elemento a tratar se refiere a la aplicación pública diferente que el funcionario público debe darle a los bienes o fondos que administra, para cometer el delito de malversación. Pues bien, para que el funcionario o servidor público cumpla con esa relación más estricta dándole a los recursos públicos el destino específico que les corresponde, dicho destino tiene que haber sido asignado por ley, decreto, reglamento o resolución de una autoridad competente. El destino o finalidad, generalmente, se encuentra contemplado en normas presupuestales. Además, la finalidad debe ser expresa ya que, de lo contrario, el agente público tendría discrecionalidad para aplicar

los recursos públicos a los fines públicos que él considere necesarios.<sup>319</sup> Así, si el funcionario da un fin distinto y definitivo al previsto en la norma a los recursos públicos que administra, estaría cometiendo delito de malversación de fondos públicos. En el acápite anterior, referido al delito de peculado, figura detalladamente en qué momento no nos encontramos ante una aplicación pública de los fondos. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este tema de la siguiente manera:

#### JURISPRUDENCIA

##### **Sentencia emitida por la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, recaída en el expediente N° 101-98 del 25 de marzo de 1998**

“Suponiendo este tipo penal un cambio del destino público del patrimonio (bienes o dinero), es necesario en primer lugar, determinar la aplicación a que originalmente estaban destinados los caudales; luego es preciso determinar la aplicación distinta que presuntamente se hizo de los mismos, para establecer finalmente si el encausado en el ejercicio de sus funciones ordenó el cambio de destino público”.

#### JURISPRUDENCIA

##### **Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° 469-85 Huánuco del 26 de marzo de 1986**

“Constituye delito de malversación de fondos, dar distinto fin a los bonos alimenticios que el Gobierno había destinado a las personas más menesterosas, esto es, haberlos entregado a comerciantes del lugar (...)”.

Sobre este tema, también se debe destacar que la desviación de fondos públicos no debe darse hacia un fin o beneficio privado. Como se explicó en un acápite anterior,<sup>320</sup> un aspecto para distinguir al delito de malversación del de peculado es el destino para el cual se emplean los recursos públicos. El delito de malversación exige que el dinero o bienes públicos sean utilizados para otro destino público ya que, si se emplean para un beneficio privado, estaríamos ante la posible comisión de un delito de peculado. La jurisprudencia, como puede apreciarse a continuación, refleja, claramente, este aspecto.

#### JURISPRUDENCIA

##### **Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 199-04 Cusco del 24 de febrero de 2005**

“El delito de malversación de fondos se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban destinados, y esta aplicación diferente, empleo o inversión distinta de fondos, bienes o efectos, tiene que realizarse necesariamente en alguno de los proyectos oficiales o públicos del Estado; siendo esto así, dicho tipo penal no se encuadraría en los hechos denunciados, toda vez que si bien está acreditado el uso ilegal de determinada suma de dinero del Estado destinado para una obra pública –abastecimiento de agua potable y alcantarillado– este fue derivado por los procesados para refaccionar una obra particular –Salón Comunal del pueblo de Urcos– el mismo que no se encontraba dentro de los proyectos de inversión por parte de los organismos del Estado”.

319 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 384.

320 Ver supra.

### Afectación del servicio

Un segundo aspecto a considerar, en relación con el delito de malversación, es que el tipo penal exige la lesión o puesta en peligro de la función o servicio legalmente previsto. Es decir, la desviación de los bienes o dinero público debe generar la destrucción, obstrucción o retraso relevante de la prestación del servicio inicialmente contemplado en la ley.

### 4.3.3 Problemas concursales

En el acápite sobre peculado nos hemos referido a los problemas concursales entre este delito y el de malversación.<sup>321</sup> Jurisprudencialmente, la diferencia queda, conceptualmente, clara, como puede apreciarse a continuación.

#### JURISPRUDENCIA

##### Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 1524-98 Arequipa del 12 de julio de 1999

“El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”.

El siguiente cuadro refleja la diferencia entre el delito de malversación y el de peculado:

**CUADRO 2. DELITO DE PECULADO Y MALVERSACIÓN: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS**

DELITO	SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Peculado	<ul style="list-style-type: none"> <li>El objeto del delito es el dinero o los bienes públicos</li> <li>El autor de ambos delitos debe encontrarse en una relación funcional respecto a los bienes o recursos públicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El funcionario público debe tener relación de disponibilidad jurídica sobre el bien o dinero público</li> <li>La finalidad que se le da a los recursos públicos es privada</li> </ul>	Debido a las diferencias expuestas, y por el principio de especialidad, el problema concursal se resuelve considerándolo solo un concurso aparente entre ambos delitos ya que, cada vez que estemos ante un caso de apropiación o utilización de recursos públicos para fines privados, se habrá cometido un delito de peculado
Malversación	<ul style="list-style-type: none"> <li>En ambos delitos se puede terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o función público</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El funcionario debe tener una relación más estricta en el uso correcto de los bienes públicos, por estar facultado para administrarlos y destinarlos a finalidades específicas determinadas por la ley</li> <li>La finalidad que se debe dar a los recursos públicos es pública</li> </ul>	

321 Ver supra.

## 4.4 El delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401° del Código Penal de la siguiente manera:

### ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL

“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”.

“Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años”.

“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”.

### 4.4.1 El bien jurídico específico

Debemos partir por señalar que el bien jurídico del enriquecimiento ilícito tiene naturaleza autónoma<sup>322</sup> dado que no depende del bien protegido en un delito precedente (el que motiva el enriquecimiento). Esto es así porque las conductas precedentes no tienen que ser, necesariamente, otros delitos de corrupción o cualquier otro delito. Por el contrario, es suficiente que la fuente ilícita esté constituida por actos no ajustados a derecho, dentro de los cuales están los delitos de corrupción, pero también los delitos comunes y las infracciones administrativas.<sup>323</sup>

En esta medida, el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito se aproxima al bien jurídico general de los delitos de corrupción: El correcto y normal funcionamiento de la administración pública,<sup>324</sup> el cual se manifiesta, en el caso concreto, en la vigencia de los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública (reconocidos por el Código de Ética de la Función Pública y cuya base implícita está en la Constitución, principios que constituyen el bien jurídico específico de este delito).<sup>325</sup>

### JURISPRUDENCIA

#### Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, recaída en el expediente N° 004-2001 del 9 de febrero de 2010 p. 85

#### Caso familia Chacón

“En este tipo de delitos el bien jurídico protegido constituye el garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a los funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez, lealtad y servicio a la Nación”.

322 En contra de esta postura: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. pp. 540-541.

323 Cfr. Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 09-2001.

324 Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yvan. “El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión”. En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Lima: IDEHPUCP, 2012, pp. 62-63.

325 Cfr. *Ibidem*.

**JURISPRUDENCIA****Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, recaída en el expediente N° 99-2009 del 25 de enero de 2011****Caso familia Cano**

“En relación al bien jurídico afectado en el delito de enriquecimiento ilícito se tiene que: Lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal “administración pública”, el mismo que significa: Ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo, empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público”.

**4.4.2 Elementos problemáticos**

Para entender los problemas que presenta el delito de enriquecimiento ilícito, es necesario, primero, recordar que estamos ante un delito especial de posición institucionalizada.<sup>326</sup> En esta medida, el sujeto, al momento de ingresar a la función pública, asume no solo potestades sino también un conjunto de derechos y deberes que delimitan sus actos.<sup>327</sup> En concreto, el funcionario público tiene deberes de probidad y transparencia que trazan una frontera clara entre las fuentes legítimas y las fuentes ilícitas de enriquecimiento de un funcionario. En otras palabras, el funcionario público, a diferencia de los demás ciudadanos, solo puede enriquecerse a través de actos considerados lícitos previamente, toda fuente de enriquecimiento que no esté en este parámetro puede considerarse (indiciariamente) ilícita.<sup>328</sup>

**Incremento del patrimonio**

Una vez delimitado esto, el primer problema que presenta la interpretación del delito de enriquecimiento ilícito es el concepto de “incremento del patrimonio”. En este sentido, es necesario entender que este concepto abarca tanto los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos.<sup>329</sup>

**JURISPRUDENCIA****Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad N° 847-2006 del 19 de octubre de 2006. Fundamento 4°****Caso Villanueva Ruesta y otros**

Que, el delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401° del Código Penal, protege la funcionalidad, prestigio dignidad y confianza de la función pública, que comprende a su vez, la actuación de los agentes que la integran; dicho ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derechos o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio.

326 En estos delitos, el autor se encuentra en un cuerpo administrativo (que le exige deberes de lealtad y fidelidad) donde desempeña funciones que lo acercan a un bien jurídico al cual no todos pueden tener acceso: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006, pp. 520-525. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada: 2012, N° 14-01, pp. 01:1-01:29. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>. Consulta: 04/12/12.

327 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. p. 64.

328 Cfr. *Ibidem*.

329 Cfr. *Ídem*. p. 65.

### **Delito de posesión**

Un segundo problema que presenta este delito es el referido a su naturaleza. En esta medida, estamos ante un delito de posesión. ¿Qué quiere decir esto? Que el núcleo del injusto yace en que el sujeto activo (el funcionario público) posee bienes obtenidos de fuente ilícita.<sup>330</sup> En este sentido, no se está sancionando un acto puntual o una suma de actos aislados, sino una situación de enriquecimiento ilícito del patrimonio del funcionario.

En la línea de lo anterior, se debe tener en cuenta que la posesión de los bienes en la esfera de custodia supone el ejercicio de una actividad que se prolonga en el tiempo.<sup>331</sup> De esta manera, a pesar de que existen posturas jurisprudenciales contrarias,<sup>332</sup> es sensato afirmar que el enriquecimiento ilícito es como un delito permanente y comisivo. Solo reconociendo la naturaleza permanente de este delito se podrá sancionar de forma correcta todo acto de participación que suceda durante la situación antijurídica de enriquecimiento.

#### **EJEMPLO**

Un funcionario público incorpora dinero de fuente ilícita a su patrimonio en enero de 2013. En diciembre de 2014, deposita el dinero en cuentas de amigos y familiares, quienes ayudan de esta forma a mantener la situación antijurídica de enriquecimiento.

Aquí se hace evidente que la participación de los amigos y familiares es punible, en tanto esto sucede durante la situación de enriquecimiento.

Ahora bien, no se debe confundir el hecho de que el enriquecimiento ilícito es un delito de consumación instantánea con la naturaleza permanente del mismo. Por tanto, si bien el delito se consuma en un primer momento (incorporación del bien) el núcleo del mismo yace en un segundo momento donde se mantiene en el tiempo (la situación de enriquecimiento)<sup>333</sup> y en el que el delito se sigue consumando hasta que se abandone la situación antijurídica.<sup>334</sup>

#### **JURISPRUDENCIA**

##### **Sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima recaída en el expediente 85-2008 del 11 de enero de 2011 pp. 114-115**

##### **Caso Sotero Navarro y otros**

“(…)en el presente caso se hace evidente que nos encontramos ante un delito permanente en el que se aprecia la producción de resultados típicos constantes verbigracia la desproporción mes a mes entre sus ingresos y sus gastos si bien el delito de enriquecimiento se consuma con el incremento real del patrimonio cuyo origen no es lícito se hace posible hablar de una situación antijurídica en tanto y en cuanto persistan los actos individuales relacionados al incremento del mismo, durante el ejercicio de sus funciones y en dicha etapa o mantenimiento no deja de realizarse el

330 Cfr. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier, 2005, pp. 37-43.

331 Cfr. COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión: base para una dogmática*. Montevideo: B de F, 2012, p. 120 y ss.

332 En este sentido: Sentencia del 30 de diciembre de 2004 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad 2976-2004.

333 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. pp. 65-67.

334 Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edición. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 224.

tipo penal a través de distintos actos individuales de manera ininterrumpida a los cuales corresponde valorar de manera unitaria; además la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación que es propia de los delitos instantáneos, sino con la fijación de la permanencia; en el delito permanente el menoscabo a los bienes jurídicos, esto es, a la administración pública es constante hasta el cese del estado antijurídico así la intervención de los *extraneus* es decir de los cómplices, en el mismo los torna en partícipes del delito, evidentemente en fase de consumación; por lo consiguiente el incremento patrimonial ilícito (...)."

### **La ilicitud del enriquecimiento**

Otro tema problemático en el enriquecimiento ilícito es la naturaleza de la ilicitud. No es necesario que este provenga de un delito previo, siendo suficiente que su origen esté constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario público. En esta medida, todo lo que no esté razonablemente justificado será considerado un indicio de incremento indebido del patrimonio del funcionario.<sup>335</sup> Así, el Ministerio Público debe probar, con la ayuda de este indicio, la ilicitud del enriquecimiento del funcionario público.<sup>336</sup>

#### **JURISPRUDENCIA**

##### **Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad 09-2001, del 16 de mayo de 2003 Caso Blanca Nélide Colán. Fundamento 5°**

"Que el enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consume en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contraste en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a derecho (...)."

Por último, no se puede olvidar que, el delito de enriquecimiento ilícito, como todos los delitos de corrupción, exige que el desvalor de acción represente un abuso del cargo. No se puede ignorar que este exige un vínculo funcional entre el enriquecimiento ilícito y el ejercicio del cargo, que se expresa de dos formas:

- Relación funcional (el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento)
- Relación temporal (el enriquecimiento debe producirse durante el ejercicio del cargo público)

#### **JURISPRUDENCIA**

##### **Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008 (Lima). Tema II**

"CONCLUSIÓN PLENARIA: Por MAYORÍA el Pleno acuerda la posición número uno que enuncia lo siguiente: Si es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio.

335 Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yvan. Op. cit. pp. 65-67.

336 Cfr. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008 (Lima). Tema II. Acuerdo 2.

(...)

CONCLUSION PLENARIA: Por MAYORIA el Pleno acuerda la posición número uno que enuncia lo siguiente: El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición”.

#### 4.4.3 Problemas concursales

Como se ha mencionado anteriormente, el bien jurídico del enriquecimiento ilícito es el buen funcionamiento de la administración pública, que se constituye, además, como el bien jurídico “sombrija” de todos los delitos de corrupción. Así, el enriquecimiento ilícito es, en gran medida, una figura que busca evitar los espacios de punibilidad frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado (conductas que representan ataques más específicos al bien jurídico correcta administración pública).<sup>337</sup> En esta medida, cuando alguno de estos últimos delitos se verifique (peculado, cohecho pasivo u otro delito semejante) y este sea el motivo del enriquecimiento del funcionario público, no corresponde ya aplicar el delito de enriquecimiento ilícito. En estos casos, utilizar el delito de enriquecimiento ilícito conjuntamente con el delito específico constituye un exceso, en tanto transgrede la prohibición de *ne bis in ídem*.<sup>338</sup> Si se comparte lo dicho hasta aquí, se tiene que aceptar la naturaleza subsidiaria de esta figura delictiva.

Formulado con otras palabras, el enriquecimiento ilícito cederá frente al delito de corrupción especial, toda vez que este supone una forma de ataque más específico del mismo bien jurídico<sup>339</sup> (principio de subsidiaridad).

#### JURISPRUDENCIA

**Sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima, recaída en el expediente 13-2007 del 2 de febrero de 2011 p. 165**

**Caso Indacochea y Cubas Portal**

“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 legis ubi diariae*”.

#### JURISPRUDENCIA

**Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, recaída en el Recurso de Nulidad 2565-2007 del 3 de marzo de 2008**

“(...)este Supremo Tribunal estima se procedió correctamente al concluir por la absolución a los procesados Luis Gonzalo Gonzales Adrián por el delito de enriquecimiento ilícito y a Juan Cancio Vega Pimentel también por el delito de

337 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 527.

338 Cfr. NOVOA CURICH, Yvana y Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ. Op. cit. pp. 71 – 81.

339 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 655.

enriquecimiento ilícito y peculado, y la condena al sentenciado Luis Gonzalo Gonzales Adrián por el delito contra la administración pública –peculado–, excepto en la condena de este último procesado por el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; Sexto: Que, se arriba a esta conclusión en cuanto a la irresponsabilidad penal del procesado Luis Gonzalo Gonzales Adrián 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 (...).”

Finalmente, se debe tener bastante cuidado con algunos supuestos de enriquecimiento ilícito al momento de analizar su subsidiariedad. En este sentido, existen supuestos en los que el delito fuente del enriquecimiento no puede explicar, o solo explica parcialmente, el considerable desbalance patrimonial no justificado por el funcionario público.<sup>340</sup> Aquí se requieren ambos tipos penales (delito funcional específico y delito de enriquecimiento ilícito) para desvalorar el hecho.

#### EJEMPLO

Se difunde un video en que el funcionario público “R” recibe US\$ 10,000 dólares americanos de un empresario. A partir de esto, se abre una investigación. En el curso de la investigación, se encuentra en la casa del funcionario público “R” un maletín con US\$ 50,000 dólares americanos cuya procedencia no puede ser justificada.

Aquí será necesario utilizar tanto el delito de enriquecimiento ilícito (por los US\$ 40,000 dólares americanos excedentes entre el peculado probado y el dinero no justificado) como el cohecho pasivo (US\$ 10,000 dólares americanos recibidos). Estamos pues, frente a un concurso real que permitirá sumar las penas.

**CUADRO 3. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y DELITOS DE CORRUPCIÓN PREVIOS. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS**

DELITO	SEMEJANZAS	DIFERENCIA	SOLUCIÓN
Enriquecimiento ilícito	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El bien jurídico protegido es correcto y normal funcionamiento de la administración pública</li> <li>• El funcionario público como, resultado de un acto ilícito, tiene como consecuencia inmediata el aumento de su patrimonio</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El acto previo no tiene que ser un delito de corrupción, basta con un acto que no esté conforme a derecho</li> <li>• Se penaliza la situación o el estado de enriquecimiento</li> <li>• Es un delito residual</li> </ul>	En los casos donde se pruebe que el enriquecimiento ilícito es producto de un delito de corrupción previo, el delito de enriquecimiento (como todo delito residual) declinará en favor del delito de corrupción previo, en razón de un concurso aparente de leyes
Delitos de corrupción previos (cohecho pasivo, peculado, etc.)		<ul style="list-style-type: none"> <li>• No en todos los casos se produce como resultado un enriquecimiento</li> <li>• Se penaliza el acto mismo (a través de un cohecho, un peculado, u otro delito) por el que el funcionario abusa de su función</li> </ul>	

340 Cfr. Ídem, p.74.

Hasta aquí queda resuelto el problema concursal del enriquecimiento ilícito con otros delitos de corrupción. No obstante, aún queda por solucionar una dificultad concursal con un grupo de casos recurrente en la jurisprudencia peruana: La participación del *extraneus* a través del ocultamiento del dinero de fuente ilícita. Como se evidencia de este tipo de casos, el ocultamiento de bienes (por ejemplo; a través del uso de la cuenta bancaria del *extraneus* o de compras ficticias de bienes inmuebles a nombre del *extraneus* pero con el dinero ilícito del funcionario público) durante la situación de enriquecimiento ilícito del funcionario público, calza también en la estructura de los delitos de receptación y encubrimiento real, previstos en los artículo 194° y 405° del Código Penal.

**“Artículo 194.- *Receptación*:** El que, adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito (...).”

**“Artículo 405.- *Encubrimiento real*:** El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo (...).”

Estamos ante un mismo hecho sobre el cual concurren, aparentemente, tres figuras penales. En cuanto al delito de receptación, se debe tener en cuenta que la naturaleza de este tipo penal obedece a la decisión del legislador de cumplir efectivamente con el fin preventivo general de la pena, a través de la ampliación del ámbito de protección penal a actos posteriores a la lesión de bienes jurídicos.<sup>341</sup> En otras palabras, el delito de receptación busca penalizar actos que se encuentran normalmente en la fase de agotamiento. De ahí que el desvalor penal siempre sea menor al cubierto por el delito base. En el supuesto del *extraneus* que colabora con el enriquecimiento ilícito del funcionario público, es claro que este hecho, si se comparte la naturaleza de delito permanente del enriquecimiento, se encuentra aún en la etapa de lesión al bien jurídico, siempre que el aporte se realice dentro de la situación antijurídica. Por este motivo, es lógico que el delito de enriquecimiento ilícito desvalore mejor dicho comportamiento que el delito de receptación, que está pensado para actos que se encuentran en la fase de agotamiento. A esto, se puede agregar que el enriquecimiento ilícito cubre el desvalor propio de un acto que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública, cosa que no sucede con el delito de receptación.

En conclusión, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial pensado para actos que lesionan o ponen en peligro la correcta administración pública (en tanto desvalora de forma completa el hecho), mientras que el delito de receptación es un tipo general que reprime actos que se encuentran en la fase de agotamiento de cualquier delito. Estamos ante un concurso aparente que se resuelve en virtud del principio de especialidad, en tanto que el delito de enriquecimiento ilícito es un tipo especial frente a la receptación.

Por otro lado, en relación al delito de encubrimiento real, conviene recordar que el delito de encubrimiento es un precepto general y subsidiario que abarca el ocultamiento de las huellas de cualquier delito. Sin embargo, se debe entender que este delito siempre es residual frente a los ilícitos penales precedentes. Así, se ha reconocido que el encubrimiento es un delito de referencia, en tanto que su punición viene condicionada por la existencia de otro hecho típico y antijurídico.<sup>342</sup> En este sentido, el delito de encubrimiento no podrá aplicarse mientras que delito precedente se venga ejecutando. Suponer lo opuesto implicaría llegar a excesos como sancionar por encubrimiento real al ladrón que, antes de salir de una casa a la que ha entrado para hurtar, borre todas sus huellas. En el presente caso, en tanto que la situación del enriquecimiento ilícito se mantiene, el sujeto que colabora con ella solo podrá responder como partícipe del mismo delito. Ello se ve reforzado por

341 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 211.

342 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 945.

el principio de unidad del título de imputación. Por estos motivos, tampoco ocurriría un concurso aparente de leyes, en tanto que el encubrimiento real no es aplicable ante los presupuestos antes analizados.

**CUADRO 4. PARTICIPACIÓN EN ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y RECEPCIÓN:  
DIFERENCIAS, SEMEJANZAS Y SOLUCIÓN**

DELITO	SEMEJANZAS	DIFERENCIA	SOLUCIÓN
Participación en enriquecimiento ilícito	<ul style="list-style-type: none"> <li>El ámbito de dichas normas incluye al sujeto que oculta las huellas del enriquecimiento ilícito de un funcionario público (situación antijurídica)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El reproche penal no solo incluye el acto de ocultar las huellas, sino la facilitación para que un funcionario público lesione la correcta administración pública de una forma más intensa (en razón de cargo), por ello el marco punitivo es mayor</li> </ul>	<p>El sujeto que oculta el dinero y los bienes del enriquecimiento ilícito deberá responder solo como partícipe del mismo, en tanto que estamos ante un concurso aparente de leyes que debe resolverse por especialidad, toda vez que la norma especial es el delito de corrupción (delito especial)</p>
Receptación		<ul style="list-style-type: none"> <li>El reproche penal solo incluye la receptación de un delito común (no toma la naturaleza ni los supuestos de los delitos especiales)</li> </ul>	

## 4.5 El delito de negociación incompatible

El delito de negociación incompatible se encuentra tipificado en el artículo 399° del Código Penal de la siguiente manera:

### ARTÍCULO 399° DEL CÓDIGO PENAL

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal”.

En otras palabras, el artículo 399° del Código Penal peruano sanciona la conducta por la cual un funcionario o servidor público se aprovecha indebidamente de su cargo al mostrar un interés particular que entra en colisión con los intereses públicos o estatales. El tipo penal exige que dicho interés particular o privado se enfoque en alguna operación económica en la que intervienen el Estado y el funcionario público con motivo del cargo público que ocupa.

### 4.5.1 El bien jurídico específico

El bien jurídico genérico de los delitos de corrupción, definido anteriormente, es el correcto o normal funcionamiento de la administración pública. Pero el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible estará compuesto por principios que guían la administración pública, como el principio de probidad, entendido como la honradez y honestidad orientadas a satisfacer el interés general, desechando toda ventaja o provecho personal.<sup>343</sup>

343 Artículo 6.2 de la Ley N° 27815 Ley del Código de Ética de la Función Pública.

Si bien la administración pública debe funcionar siempre velando por sus intereses públicos, estos siempre deben estar orientados hacia el bien común y no hacia los intereses particulares de los funcionarios o servidores que los gestionan o administran. Entonces, la probidad e imparcialidad que se busca proteger es aquella donde la administración pública actúa al momento de realizar contratos, concursos públicos o cualquier otra operación económica, con la finalidad de poder elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y al bien común. Entonces, el tipo penal refleja la necesidad de proteger a la administración pública del interés privado de sus agentes –funcionarios o servidores públicos– especialmente relacionados o vinculados por razón de su cargo a los contratos u operaciones públicas.<sup>344</sup>

En otras palabras, el tipo penal busca evitar conflictos entre intereses privados y públicos, sancionando las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos que no denoten imparcialidad, transparencia y honestidad frente a los competidores de un contrato u operación económica donde tengan que representar al Estado.

El bien jurídico protegido del delito de negociación ilícita sería la rectitud e imparcialidad que se debe garantizar frente a los administrados y frente a los competidores ofertantes en los contratos en cuestión.<sup>345</sup>

Otra postura, manejada por parte de la doctrina, respecto al bien jurídico protegido, en este delito, es la que indica que es patrimonio del Estado, pues se considera que este tipo penal supone un adelantamiento de las barreras de punición con la finalidad de prevenir que un agente público atente contra el patrimonio estatal al aprovecharse de la función pública que le ha sido encomendada.<sup>346</sup> No obstante, esta postura no sería la más adecuada, ya que el patrimonio del Estado no puede ser considerado un mejor patrimonio que el de cualquier ciudadano o administrado. El patrimonio estatal, al igual que el patrimonio de cualquier ciudadano, se protege con los delitos comunes contemplados en el capítulo de delitos contra el patrimonio de nuestro Código Penal.<sup>347</sup> Además, los tipos penales contra la administración pública no siempre exigen que se lesione efectivamente el patrimonio estatal. El delito de negociación incompatible, en este caso, no exige dicho resultado lesivo.

En adición a esto, el artículo 12° de la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) señala que no es necesario que los actos de corrupción generen un perjuicio patrimonial para ser sancionados. En la misma línea, el artículo 3° inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción indica también que no es necesario que los delitos de corrupción generen un perjuicio o daño patrimonial al Estado.

#### CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (CICC)

**“Artículo 12°.-** Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio al Estado”.

#### CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (CONUCC)

**“Artículo 3.2.-** 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”.

344 ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 818.

345 Se puede encontrar mayor referencia sobre esta postura en: MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 357.

346 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 506.

347 MEINI MÉNDEZ, Iván. “Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública”. *Boletín Anticorrupción* N° 13, p. 3. Disponible en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio\\_2012\\_n13.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio_2012_n13.pdf).

### 4.5.2 Elementos problemáticos

Un aspecto que podría ser problemático en interpretación del delito de negociación incompatible es el referido al verbo rector del delito: interesarse. Este debe ser entendido en el sentido de que el funcionario o servidor público vuelca sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, es decir, con el interés general. Por el contrario, este es uno particular que debe entrar en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio. Al respecto, la Corte Superior de Justicia se ha manifestado del siguiente modo:

#### JURISPRUDENCIA

**Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010 del 7 de noviembre de 2011  
Caso Cofopri**

“Por interés debe entenderse cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo”.

Por otro lado, existe un debate doctrinal referido a la naturaleza del interés privado indebido. Así, un sector de la doctrina afirma que el interés que el funcionario o servidor público tenga debe suponer un peligro para el patrimonio estatal.<sup>348</sup> Otro sector, por el contrario, considera que interesarse no necesariamente debe implicar siempre un peligro patrimonial para el Estado. Según esta postura, si el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que, finalmente, resultaron ser favorables económicamente a la administración pública, de todos modos la conducta sería típica y punible porque igual se habría lesionado el bien jurídico protegido<sup>349</sup> (correcto y recto funcionamiento de la administración pública en general, y la probidad al ejercer la función pública, desechando todo provecho o ventaja personal).

Esta última opción parece ser la más adecuada ya que el tipo penal no especifica el tipo de provecho que el funcionario público debe esperar. Asimismo, es la más adecuada de cara al bien jurídico, como ha sido explicado.

La conducta típica es solo “interesarse”. El tipo penal, entonces, no demanda un tipo particular de interés, es decir, no exige que el interés sea, por ejemplo, patrimonial. Esta interpretación sería la más adecuada no solo según la redacción del tipo penal, sino también de cara al bien jurídico protegido en este delito referido al conflicto entre intereses privados del funcionario e intereses públicos del Estado.

El hecho de que la conducta típica sea solo el “interesarse”, indica que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, ya que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo al Estado producto de la manifestación de dicho interés.

348 Se puede encontrar mayor referencia a esta postura en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 512.

349 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. cit. pp. 555-556.

El considerar que el delito en cuestión no exige un interés de un carácter determinado, se condice con el hecho de que la negociación incompatible sea entendida como un delito de mera actividad. Ello, en tanto la conducta típica exigida por el tipo penal es el, solo, hecho de interesarse. El tipo penal no exige un resultado como lo podría ser el perjuicio al patrimonio, así como tampoco exige obtener efectivamente una ventaja personal. Basta con que se manifieste el interés indebido –el conflicto entre los intereses privados y los públicos– para que el tipo penal se encuentre consumado.

#### 4.5.3 Problemas concursales

El delito de negociación incompatible puede presentar algunos problemas concursales con el delito de colusión desleal. Y es que ambos delitos tienen los siguientes elementos en común:

- El marco contextual de ambos delitos se encuentra referido a contratos públicos o cualquier operación económica en la que participe el Estado como parte
- Ambos delitos reflejan un conflicto entre intereses privados y públicos

No obstante, a pesar de estos elementos en común, ambos delitos guardan marcadas diferencias. Así, a pesar de que ambos tienen el mismo marco contextual (los contratos públicos o cualquier operación económica en la que participe el Estado), en el delito de colusión se exige que el funcionario se concrete con los interesados privados para defraudar al Estado. En otras palabras, el conflicto de intereses se manifiesta en el acuerdo bilateral. Por su parte, en el delito de negociación incompatible el tipo penal no exige una concertación, es decir, la bilateralidad no es requerida. Por el contrario, lo que se desvalora es el conflicto de intereses unilateralmente manifestado. Esta postura ha sido recogida jurisprudencialmente.

#### JURISPRUDENCIA

**Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010 del 7 de noviembre de 2011  
Caso Cofopri**

“(…) la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. (...) [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública (...) es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación”.

Por las razones señaladas, el delito de negociación incompatible tiene un carácter subsidiario respecto de aquellos otros que sancionen la conducta de priorizar intereses privados por encima de los estatales, en un marco contextual de contrataciones públicas o cualquier otra operación económica donde el Estado esté involucrado. En este sentido, la negociación incompatible sería subsidiaria respecto del delito de colusión. Y es en este sentido que se daría un concurso aparente entre ambos delitos.

**CUADRO 5. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE. RESOLUCIÓN DEL CONCURSO**

DELITO	SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Negociación incompatible	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica donde el Estado participe como parte</li> <li>• Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado</li> <li>• La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado)</li> </ul>	Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva. Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio, o no existan indicios para suponer que el interés privado indebido se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado.

**4.6 El delito de colusión desleal**

El delito de colusión desleal se encuentra tipificado en el artículo 384° del Código Penal de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 384°**

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación 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”.

**4.6.1 El bien jurídico**

El bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este.<sup>350</sup> Esta posición se encuentra respaldada parcialmente por la Ley de Contrataciones del Estado,<sup>351</sup> en su artículo 4°, que establece los principios que deben orientar la actuación de los funcionarios públicos en las contrataciones.

350 GUIMARAY MORI, Erick. “La tipificación penal del delito de colusión” En: *Boletín Anticorrupción*, N° 7, Octubre 2011, p. 4. Disponible en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre\\_2011\\_n07.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf)

351 Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017.

Debe partirse de la premisa que afirma que la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos buscan satisfacer las necesidades y condiciones mínimas o básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este orden de ideas, no resultaría acertado considerar que el bien jurídico protegido de manera específica es el patrimonio estatal<sup>352</sup> pues, como se ha explicado, este no merece una protección especial frente al patrimonio de cualquier ciudadano. Además, el tipo penal plantea que la defraudación al Estado, por medio de la colusión, no necesariamente se da de modo patrimonial. Por ello, el legislador, en el primer párrafo del artículo 384° CP, se refiere a la concertación que busca defraudar al Estado en sentido amplio o general (modalidad de peligro), mientras que en el segundo alude específicamente a la defraudación al patrimonio del Estado, para lo cual aumenta el rango de pena (modalidad agravada).

## 4.6.2 Elementos problemáticos

### *El contexto típico*

Un primer elemento a ser analizado corresponde al contexto típico que exige el tipo penal para que se considere cometido el delito de colusión. El artículo 384° establece que el delito debe cometerse respecto a cualquier operación a cargo del Estado. Al respecto, la interpretación más adecuada sobre el contexto típico de este delito debe ser aquella que plantea que se puede cometer el delito de colusión en el marco de todo contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención o suscripción del Estado. Esta postura ha sido acogida también a nivel jurisprudencial, como puede apreciarse a continuación.

#### JURISPRUDENCIA

##### **Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010 del 7 de noviembre de 2012 Caso Cofopri**

*“La Sala, (...) encuentra que el factor de comparación, de similitud, no necesariamente ha de limitarse o identificarse con los supuestos de una única norma, en este caso la invocada por la defensa: la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues como apunta Castillo Alva: “(...) la doctrina remarca con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica”.*

No es acertado, entonces, de cara a los fines de evitar impunidad en casos de corrupción, mantener una interpretación restrictiva del contexto típico en este delito por la cual se considere que podrá cometerse colusión cuando se trate de contrataciones establecidas solo en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Esto, además, es favorecido, por la nueva redacción del tipo penal que señala como ámbito de realización de la colusión “cualquier operación a cargo del Estado”.

### *El sujeto activo*

Otro elemento que merece analizarse es el concerniente al sujeto activo en el delito de colusión. El tipo penal indica que el autor será aquel funcionario o servidor público que se colude interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo. Una interpretación restrictiva considera que el sujeto activo solo puede ser aquel funcionario o servidor que tenga como competencia suscribir el contrato. No obstante, la interpretación más adecuada sería una más extensiva que establece

<sup>352</sup> Para mayor referencia sobre esta postura, recurrir a: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 407.

que el autor debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes etc. Es decir, no es necesario que este pertenezca específicamente al comité de selección o sea quien suscriba solamente el contrato. Esto se ve favorecido por la nueva redacción del tipo penal que señala: “El funcionario que interviniendo (...) indirectamente (...)”. Lo penalmente relevante es que el funcionario tenga legitimidad para intervenir sobre la decisión acerca de quiénes serán los particulares beneficiados por la concertación ilegal.

### **Naturaleza del acuerdo colusorio**

Por otra parte, un elemento del delito de colusión que merece un análisis es el referido a las características que debe tener el acuerdo colusorio. El delito de colusión implica una relación bilateral que se ve reflejada en el acuerdo colusorio que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado. Siendo esto así, en primer lugar, el sujeto activo y el particular interesado deben celebrar un acuerdo colusorio, que, se entiende, debe ser subrepticio o clandestino dado que tiene un fin ilícito y con el que se busca defraudar al Estado. Así también lo ha entendido la jurisprudencia.

#### **JURISPRUDENCIA**

##### **Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 027-2004, en el expediente N° 20-2003 emitida el 1 de octubre de 2004**

“El delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero”.

En segundo lugar, la concertación debe darse de manera dolosa, en vista de que el funcionario público privatiza dolosamente o con conocimiento su actividad funcional, representando más los intereses particulares que los del Estado.<sup>353</sup> En tercer lugar, en tanto la conducta típica “concertar”, según el tipo penal, debe darse “para defraudar al Estado”, el acuerdo colusorio debe ser idóneo para defraudar los intereses del Estado.

### **Prueba de indicios del acuerdo colusorio**

Un último punto relevante sobre el acuerdo colusorio, justamente por su naturaleza subrepticia o clandestina, necesita de diversos indicios para poder ser probado judicialmente. Algunos aspectos sintomáticos que deberían ser tomados en cuenta para sospechar de la posible comisión de un delito de colusión son la regularización posterior al contrato, elegir sin justificación el monto más alto que el Estado deba pagar a cambio de la prestación de bienes y/o servicios, la sobrevaluación desproporcionada de bienes, la aceptación de bienes o servicios en mal estado, la multiplicidad de normas de contratación estatal infringidas, etc.

### **Naturaleza de la colusión**

Un último elemento problemático a comentar es el referido a la naturaleza del delito de colusión. Según una redacción anterior del tipo penal en cuestión, el delito exigía que la concertación ilegal genere una defraudación al Estado. Una redacción anterior al texto vigente señalaba lo siguiente: “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, (...)”.<sup>354</sup> Como puede apreciarse, en este caso se exigía el resultado lesivo de defraudar al Estado. Sin embargo, con

353 MONTOTA VIVANCO, Yvan. “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal peruano”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 171, p. 100.

354 Artículo 1° de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio 2011.

la redacción actual se puede afirmar que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo sino que el delito de colusión es un delito de peligro abstracto ya que la conducta típica es concertarse para defraudar al Estado. Nuestra jurisprudencia ya había acogido anteriormente esta interpretación.

### JURISPRUDENCIA

#### **Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1296-2007, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria del 12 de diciembre de 2007**

“La defraudación, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación –que es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico– con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente sus recursos públicos”.

Si bien esta jurisprudencia citada se refiere al patrimonio estatal como bien jurídico, conviene resaltar que, incluso para aquel sector de la doctrina y la jurisprudencia que considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio estatal, el delito de colusión sería un delito de peligro pues no debe exigirse un resultado efectivo para ver consumada la conducta delictiva. Bajo la redacción actual, la conducta típica es coludirse o concertarse ilegalmente con la finalidad de defraudar al Estado. Es suficiente con probar el acuerdo colusorio para que el delito se encuentre consumado. No siendo necesario un perjuicio económico ni una defraudación a los intereses estatales en general.

#### **4.6.3 Problemas concursales**

El delito de colusión desleal puede presentar un problema concursal respecto al de negociación incompatible. Como ha sido explicado ampliamente en el acápite referido al delito de negociación incompatible, el problema concursal entre estos dos delitos se resuelve según lo señalado en el siguiente cuadro:

**CUADRO 6. DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y DE COLUSIÓN.  
RESOLUCIÓN DEL CONCURSO**

DELITOS	SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Negociación incompatible	<ul style="list-style-type: none"> <li>El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado</li> <li>La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado)</li> </ul>	Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva. Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio, o no existan indicios para suponer que el interés indebido privado se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado.
Colusión	<ul style="list-style-type: none"> <li>Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>En la negociación incompatible la conducta típica es solo interesarse</li> <li>La negociación incompatible tiene un carácter unilateral</li> </ul>	

## 4.7 El delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias se encuentra tipificado en el artículo 400° del Código Penal. Dicho dispositivo legal establece lo siguiente:

### ARTÍCULO 400° DEL CÓDIGO PENAL

“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”.

El delito de tráfico de influencias sanciona a aquel que, a cambio de un beneficio, ofrece interceder o influenciar ante un magistrado, fiscal u otro funcionario con potestades jurisdiccionales (en sentido amplio), invocando tener influencias sobre sus decisiones.

Antes de pasar al análisis del bien jurídico protegido, es de notar que esta figura delictiva presenta una modalidad básica (primer párrafo del artículo) y otra modalidad agravada (segundo párrafo del artículo). La primera, constituye un delito común, mientras que la segunda, un delito especial en virtud de la exigencia de la calidad de funcionario público del sujeto activo.

En lo que respecta a la modalidad agravada del tráfico de influencias, cabe resaltar que el sujeto activo, a diferencia de la modalidad básica, tiene una especial vinculación con el bien jurídico protegido, pues se encuentra dentro de la estructura de la administración pública, lo cual le da acceso especial para perturbar el bien jurídico.<sup>355</sup>

### 4.7.1 El bien jurídico específico

La determinación del bien jurídico protegido por esta figura delictiva no ha sido un tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia penal.<sup>356</sup> Principalmente, se pueden identificar dos posturas teóricas sobre el particular:

- **Teoría del “prestigio o buena imagen de la administración pública”:**<sup>357</sup> Sostiene que el bien jurídico específico del delito sería el “prestigio o buena imagen de la administración pública”. Esta teoría es criticada, porque el objeto de protección no encaja con el modelo de administración pública que un Estado social de Derecho como el peruano posee, que plantea una concepción de la administración pública centrada en la relación función pública-ciudadano.<sup>358</sup> La administración pública (o su prestigio) no puede ser objeto de protección en sí, sino que se protege en tanto constituye el medio a través del cual el Estado realiza su labor social prestacional.

355 Para mayor abundamiento ver el acápite referido a los delitos especiales.

356 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. pp. 782-786, quien describe las distintas posiciones sobre el objeto de protección del tráfico de influencias.

357 En el contexto español ver: MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (director). Tomo III. Aranzadi: Navarra, 2005, p. 2154 y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 981; y en el contexto nacional ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 785.

358 Esta crítica también es apuntada por MORALES PRATS, Fermín y María José RODRÍGUEZ PUERTA, Loc. cit. aunque su interpretación de *lege ferenda* hace que se considere que este delito deba ser derogado, y en el plano nacional por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 524.

- **Teoría de “la imparcialidad de la función pública” o el “patrimonio personal”:**<sup>359</sup> Según esta teoría, no existe solo un bien jurídico protegido en la figura de tráfico de influencias, sino dos: La imparcialidad de la función pública y el patrimonio personal. En la modalidad de tráfico de influencias reales se pondría en peligro el principio de imparcialidad funcional, mientras que en la de tráfico de influencias simuladas lo que se ataca es el patrimonio personal.<sup>360</sup>
- **Teoría de la imparcialidad:** Según esta teoría, el único bien jurídico protegido por todas las modalidades de tráfico de influencias es el principio de imparcialidad funcional. La imparcialidad se vería menoscabada en la medida en que el vendedor de influencias pone en peligro (concreto o abstracto) con su actuación la del desempeño imparcial del cargo del funcionario con potestades jurisdiccionales. Esta es la posición más acertada para los autores de este manual.

Es de notar que el tráfico de influencias protege a la “imparcialidad de la función pública”, pero frente a atentados lejanos o remotos; es decir, este delito es uno de peligro abstracto.<sup>361</sup>

#### JURISPRUDENCIA

##### **Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima del 10 de noviembre de 2004 recaída en el expediente N° 023-2001**

*“[El tráfico de influencias] constituye una figura autónoma, protegiendo como bien jurídico específico la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública, si bien se admite siguiendo posiciones de la doctrina que se constituye en un adelanto de la barrera de protección penal (...).”*<sup>362</sup>

#### 4.7.2 Elementos problemáticos

En lo que respecta a los elementos problemáticos que presenta este delito, es pertinente exponer y analizar lo referido a los funcionarios destinatarios de la intervención ofrecida y la responsabilidad penal del comprador de influencias (interesado).

##### **Funcionarios destinatarios de la intervención que se ofrece**

El tipo penal de tráfico de influencias señala que la intervención que ofrece el autor debe ser ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, por lo que se plantea la problemática de delimitar quiénes son dichos funcionarios ¿Qué características especiales deben tener aquellos funcionarios destinatarios de esta intervención?

Se ha señalado sobre el particular que no cualquier funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades

359 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 525.

360 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 525. En un sentido similar SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 33 y ss., aunque ellos señalan de *lege ferenda* que la modalidad de “influencias simuladas” debe ser eliminada, por lo que no consideran digno de protección penal por este precepto al “patrimonio personal”.

361 Cfr. SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA. Op. cit. p. 38 y ss, aunque refiriéndose solamente a la modalidad de tráfico de influencias “reales”.

362 BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y José Antonio NOLASCO VALENZUELA. *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción (corrupción gubernamental)*. Tomo II. Lima: Palestra, 2006, pp. 955-956.

jurisdiccionales.<sup>363</sup> Es decir, el funcionario sobre el que se ofrece interceder debe tener bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo.

#### EJEMPLO

No puede ser destinatario de la intervención un asistente administrativo de un juez, en tanto aquel no detenta facultades de tomar decisiones jurisdiccionales en un proceso judicial.

Sobre este punto, cabe realizar dos precisiones:

- Cuando nos referimos a funcionarios con potestades o facultades jurisdiccionales debe entenderse la jurisdicción en sentido amplio; es decir, se incluyen además de los jueces o tribunales, a los fiscales por ejemplo.<sup>364</sup>
- El momento de la intervención ofrecida puede referirse a cualquier etapa del proceso, no solamente en la etapa decisoria final.<sup>365</sup> La utilización del término “*haya conocido*” permite interpretar que la intervención ofrecida puede referirse a una etapa post decisoria incluso.

#### JURISPRUDENCIA

##### **Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 11-2001-LIMA del 23 de julio de 2003**

“(…) debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400° del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo (...)”.<sup>366</sup>

#### ***La responsabilidad del comprador de influencias o interesado***

Otro tema problemático de este delito es el referido a la responsabilidad de la persona que compra la influencia (interesado) o que entrega la ventaja, donativo o beneficio al traficante de influencias.

En principio, habría que decir que el delito de tráfico de influencias es un “delito de intervención necesaria” o “plurisubjetivo”,<sup>367</sup> dado que su redacción típica exige la intervención de más de una persona para la configuración del delito. En específico, es un “delito de encuentro”, ya que se requiere que las intervenciones de los sujetos se den desde direcciones diferentes y de manera complementaria. En este sentido, siendo coherentes con lo expresado en el acápite 2.4 sobre la problemática de los delitos de encuentro, el comprador de influencias o interesado responderá

363 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 795.

364 *Ibidem*.

365 *Ibidem*.

366 Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 364.

367 Ver al respecto el punto 2.4 del presente manual.

penalmente como partícipe del delito, siempre que su intervención suponga una creación desaprobada de riesgo para el bien jurídico (supere el riesgo penalmente permitido).<sup>368</sup>

De cualquier forma debe quedar claro que, de ninguna manera, el interesado o comprador de influencias es la víctima del delito,<sup>369</sup> dado que, como ya hemos mencionado, el delito de tráfico de influencias tiene como bien jurídico protegido la “imparcialidad de la función pública”. Este es un bien de naturaleza institucional que no es de titularidad del interesado, por lo que este no puede ser considerado como víctima del delito.

## JURISPRUDENCIA

### Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1552-2003-SANTA del 9 de agosto de 2004

“(…) resulta obvio que conviviendo la procesada con el asesor presidencial durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó dos meses, y por ende era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona y, como era de conocimiento público, de que era el jefe de facto de la referida entidad estatal, es por ello que aprovechando la especial situación en la que se encontraba, al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtenerse las resoluciones judiciales favorables a su hermano y tío político, lo que en efecto así sucedió.”<sup>370</sup>

### 4.7.3 Problemas concursales

En lo que respecta a los problemas concursales que puede presentar este delito, es pertinente analizar lo referido al concurso con el delito de estafa y al concurso con el delito de cohecho activo.

#### **Problema concursal con el delito de estafa**

Se podría pensar que cuando estamos ante la modalidad de tráfico de influencias simuladas (en la modalidad de “recibir” o “hacer dar”) se presentaría un problema concursal con el delito de estafa, dado que los elementos típicos de ambos serían el engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio patrimonial.<sup>371</sup> No obstante, debe tenerse presente que el delito de estafa no podrá entrar a tallar aquí, puesto que, a nuestro juicio, la estafa no puede aplicarse a supuestos en los que el sujeto activo y el sujeto pasivo realizan negocios con causa ilícita.<sup>372</sup>

El delito de estafa no puede ser aplicado, dado que la conducta descrita en el tráfico de influencias da cuenta de un negocio ilícito entre comprador y vendedor de influencias, puesto que el acuerdo

368 Según ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 536, SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA. Op. cit. p. 64 y ss. y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “La Responsabilidad Penal de los intervinientes en el tráfico de influencias. Especial referencia al interesado”. En: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2004, p. 74, el aporte del interesado debería ir más allá del “mínimo necesario”. Sin embargo, cabe mencionar que un sector de la doctrina nacional se ha mostrado más partidario de apreciar una inducción en la conducta del interesado antes que una complicidad [Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 804].

369 De la misma opinión es ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 536 y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit. p. 87 y ss, aunque refiriéndose solo a la modalidad de tráfico de influencias reales.

370 ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal. Op. cit. p. 365.

371 Reconoce estos elementos típicos en el delito de estafa GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y Walther Javier DELGADO TOVAR. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Lima: Jurista Editores, 2012. p. 977.

372 De esta opinión es ANTÓN ONECA citado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y otros. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 296.

entre ambos tiene como objetivo influir clandestinamente en un funcionario público para obtener una decisión favorable en un proceso.

En estos casos de negocios con causa ilícita, el delito de tráfico de influencias puede perfectamente aplicarse, puesto que lo que se pretende proteger trasciende el ámbito privado de negociación comercial. El objeto de protección aquí se identifica con la “imparcialidad de la función pública”, mas no con el patrimonio personal del interesado (bien jurídico protegido en la estafa). Como ya se ha descrito anteriormente, el comprador de influencias no es el sujeto pasivo del delito.

#### CUADRO 7. TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS Y ESTAFA. RESOLUCIÓN DEL CONCURSO

DELITO	SEMEJANZA	DIFERENCIA	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Tráfico de influencias simuladas en la modalidad de “recibir” o “hacer dar”	• Presencia de engaño, error, disposición patrimonial, y perjuicio patrimonial	• El bien jurídico protegido es la imparcialidad de la función pública. Puede aplicarse en supuestos de negocios con causa ilícita	Se aplica solamente el delito de tráfico de influencias
Estafa		• El bien jurídico protegido es el patrimonio personal no puede aplicarse en supuestos de negocios con causa ilícita	

#### **Problema concursal con el delito de cohecho activo**

Un segundo problema concursal se presenta entre el delito de tráfico de influencias y cohecho activo.

En primer lugar, habría que dejar en claro que para la configuración del delito de tráfico de influencias no se requiere, en absoluto, que el sujeto activo (vendedor de influencias) se ponga efectivamente en contacto con el funcionario público que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo. Es decir, basta para la consumación del delito que se llegue al acuerdo de intercesión, esto es, que el interesado acepte el ofrecimiento del traficante y entregue la ventaja pactada como contraprestación.<sup>373</sup> Por tanto, no existe obstáculo alguno para apreciar un concurso real de delitos (artículo 50° CP) cuando luego de la venta de influencias, el traficante de estas entregue algún beneficio para que el funcionario público resuelva de determinada manera el caso.<sup>374</sup> Aquí el vendedor de influencias respondería, en concurso real, como autor del delito de tráfico de influencias y como autor del delito de cohecho activo.

#### JURISPRUDENCIA

##### **Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2218-2005-AREQUIPA del 10 de abril de 2006**

“(…) El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias reales o simuladas –no se requiere el ejercicio efectivo de la influencias– (...)”<sup>375</sup>

373 Cfr. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit. p. 71.

374 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit. p. 537 y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Op. cit. p. 70.

375 Citada por GALVÁN RAMOS, Marcos Iván. p. 248.

**CUADRO 8. TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y COHECHO ACTIVO. RESOLUCIÓN DEL CONCURSO**

DELITO	SEMEJANZA	DIFERENCIA	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Tráfico de influencias	<ul style="list-style-type: none"> <li>En ambos delitos el tipo penal hace referencia a la actuación de un funcionario público. En el caso del tráfico de influencias se hace referencia a la actuación de un funcionario con facultad jurisdiccional, mientras que en el cohecho activo se hace referencia a la actuación de cualquier funcionario.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>No se requiere que el vendedor de influencias tenga contacto con el funcionario que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo</li> </ul>	Posibilidad de apreciar un concurso real entre ambos delitos
Cohecho activo		<ul style="list-style-type: none"> <li>Debe haber bilateralidad. Se exige que haya contacto entre particular (vendedor de influencia) que ofrece, da o promete dar dádiva o beneficio, y funcionario que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo.</li> </ul>	

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si el interesado o comprador de influencias es quien contacta al traficante para realizar el soborno ante el funcionario jurisdiccional (el cual efectivamente se produce), no se configurará un tráfico de influencias, sino únicamente un delito de cohecho activo, en donde el traficante responderá como autor y el interesado como instigador.<sup>376</sup>

<sup>376</sup> Cfr. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Loc. cit.

# Aspectos problemáticos en la investigación de los delitos de corrupción de funcionarios

## 5.1 Legitimidad del denunciante

Los medios de comunicación constituyen uno de los canales más frecuentes de acopio de *notitia criminis* en casos de corrupción de funcionarios. En estas ocasiones, la investigación se inicia de oficio ante la denuncia difundida por los medios de comunicación.

En muchos de estos casos, la gravedad de la denuncia involucra un interés público en el seguimiento del caso. Por eso, el tratamiento de la *notitia criminis* obtenida a través de este canal debe ser prioritario, a fin de legitimar la actividad del Ministerio Público.

Por otro lado, tenemos las *notitias criminis* obtenidas a través de funcionarios públicos que aún se encuentran laborando en una institución, lo que conlleva a privilegiar la reserva. Actualmente, se encuentra vigente la Ley de Protección al Denunciante, Ley 29542, que permite la recepción de denuncias en la Contraloría, así como el tratamiento reservado de la misma.

La Contraloría General de la República, a fin de implementar la Ley de Protección al Denunciante estableció el Sistema Nacional de Atención de Denuncias (SINAD), para brindar protección a su identidad y cautelar la confidencialidad de la denuncia. Según esta ley, aquellos funcionarios o servidores públicos que presenten una denuncia que sea admitida y calificada no podrán ser destituidos, despedidos o removidos del cargo como consecuencia de la denuncia.

Por último, existe un vasto grupo de casos de delitos de corrupción de funcionarios que se inician por denuncia de parte, ya sea de un procurador público especializado o de un ciudadano.

Sin embargo, es claro que el denunciante en los casos de delitos de corrupción de funcionarios –que no ha sido agraviado directamente con un hecho de corrupción– no ostenta ningún interés legítimo en estos casos para el seguimiento de la denuncia. Más aun cuando los intereses del Estado se encuentran representados por el procurador público especializado.

De ese modo, se han presentado muchos casos donde el denunciante “X”, vecino de la localidad “Y”, denuncia a su alcalde por presuntos actos de colusión y ante un archivo de la denuncia comunicada al procurador público, pretende tener legitimidad para impugnarla aunque el Código Procesal Penal de 2004 señala que se debe comunicar la decisión final al denunciante, en estos casos donde existe defensa jurídica del Estado se debe tener en cuenta el agravio para conceder el recurso impugnatorio a un particular.

## 5.2 Gestión de denuncias

La aplicación del Código Procesal Penal de 2004 ha generado la necesidad de gestionar debidamente los casos. De esta manera, y para optimizar la utilización de recursos, los casos deben filtrarse con el fin de rechazar preliminarmente aquellos que no tienen contenido o relevancia penal. Con una real selección de casos, se mantiene la carga de trabajo no solo del Ministerio Público sino de todo el sistema de administración de justicia.

En principio, no se puede ni se deben investigar todas las denuncias. El principio de legalidad procesal penal como un principio de persecución penal pública de todos los delitos no se puede sostener en la actualidad de modo absoluto, pues la realidad demuestra que esto es imposible.

Por una parte, debido a la inflación penal que acontece, donde cada vez más existen hechos que son criminalizados y, por otra parte, por el congestionamiento o colapso del sistema judicial que no puede atender todos los casos.

Esta situación conlleva a flexibilizar el principio de legalidad con la introducción del principio de oportunidad, que se convierte así en una vía de descriminalización, permitiendo la aplicación de “salidas alternativas”, para evitar continuar con un proceso penal. Sin embargo, en el ámbito de los delitos contra la administración pública, la aplicación del principio de oportunidad no es conducente, toda vez que nos encontramos con casos que no pueden ser subsumidos en los supuestos del artículo 2° del Código Procesal Penal.<sup>377</sup>

Sin embargo, antes de continuar, es preciso señalar que la desestimación o archivo de una denuncia no involucra, exclusivamente, criterios de oportunidad, porque dentro del principio de legalidad se presenta un primer filtro de selección que nos permite identificar casos que no se pueden ni deben ser investigados.

El principio de legalidad procesal, entendido como aquel que establece la persecución penal pública para todos los delitos, exige un primer nivel de análisis del caso: verificar que el hecho constituya delito, que la acción penal se encuentra expedita, así como las posibilidades reales de identificar al autor.<sup>378</sup>

De esta manera, al enterarnos de algunas denuncias a través de una noticia, esto nos revela que:

- **El hecho no sea delito o no sea perseguible por acción pública o que esta se encuentra extinguida**

Muchas de las noticias criminales que llegan a los despachos fiscales no son perseguibles penalmente y para verificarlo basta con leer la denuncia o pedir alguna información. Por ejemplo, a veces se requiere verificar, simplemente, que la acción penal para el delito se ha extinguido por prescripción o que no se trata de uno “perseguido” por acción pública. Estas situaciones merecen el archivo o desestimación desde el momento de la denuncia y, en el peor de los casos, desde los primeros actos de investigación.

En el sistema de las fiscalías anticorrupción se encuentran, por ejemplo, denuncias de vecinos contra autoridades que no atienden con prontitud sus trámites, sin que medie noticia de un acto de corrupción o retardo doloso, por lo que estos deben ser desestimados.

- **No exista la posibilidad de investigar con éxito un hecho**

Estas son las noticias de casos sin antecedentes y sin futuro. Por ejemplo, centenas de partes policiales que informan sobre hurtos de casas deshabitadas sin que nadie pueda dar características de los autores. En estos casos no hay ninguna esperanza concreta de que se esclarezcan los hechos, por lo que no es conveniente “ampliar las investigaciones” ya que esto conlleva a un desgaste innecesario de los recursos.

En el caso de delito contra la administración pública tenemos el caso de traficantes de influencias no identificados por nadie, de solicitudes de dinero de supuestos funcionarios a través de llamadas telefónicas hechas desde cabinas públicas, etc.

377 El artículo 2° del Código Procesal Penal que establece el principio de oportunidad limita su aplicación para casos que no afectan el interés público, salvo que el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años o hubiesen sido los cometidos por funcionarios públicos.

378 El artículo 334.1 CPP, señala que si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notificará al denunciante y al denunciado. Además, y en concordancia con artículo 336.1 CPP, la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria se realizará si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad.

Sin embargo, este tipo de noticias son *útiles* al sistema judicial pues sirven como base de datos para estudiar los comportamientos delictivos y las zonas de incidencia de delitos, destinadas a la labor de prevención.

### **5.3. La búsqueda de la verdad en los delitos contra la administración pública**

#### **5.3.1 Algunos aspectos problemáticos de incorporación de prueba**

El Código Procesal Penal peruano, en su artículo 321°, señala que la investigación preparatoria tiene por finalidad esclarecer los hechos, reuniendo los elementos de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir la acusación y al imputado preparar su defensa. Asimismo, establece que *“tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado”*.

En los delitos contra la administración pública la búsqueda de la verdad presenta algunas particularidades, descritas a continuación:

#### ***Delito sin escena***

La mayor parte de denuncias por delitos de corrupción de funcionarios no nos permite identificar físicamente una escena del delito, salvo algunos casos de flagrancia.

Más aún las diferentes acciones que se requieren para configurar un delito, conlleva a que existan diversos hechos que se realizan en forma secuencial, en diferentes espacios y por diferentes personas.

Ello impide que, generalmente, se pueda contar con una escena donde aplicar las técnicas de recojo de elementos de prueba y “perennización”.

Estratégicamente, se deben, y sin perjuicio de lo anterior, identificar espacios físicos para el recojo de información en los que sea posible utilizar los mecanismos establecidos en el ordenamiento peruano como el aseguramiento de los documentos, la incautación cautelar, la clausura, vigilancia del local, etc.

#### ***Documentos obtenidos en forma anónima***

Es común que algunos ciudadanos que han tenido conocimiento de actos de corrupción quieran entregar diversa documentación a las autoridades, sin que tengan la intención de involucrarse en la investigación; haciendo llegar diversa documentación a las autoridades de manera anónima.

El Código Procesal Penal peruano señala, en su artículo 184.3, que *“los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados al proceso ni utilizados en modo alguno, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado”*.

Por esto, hay que diferenciar documentos *“que contengan”* declaraciones anónimas de aquellos documentos *“obtenidos”* de forma anónima.

Básicamente, es un exceso extender la prohibición de utilización de los primeros a los obtenidos de forma anónima, puesto que la prohibición del uso de declaraciones anónimas está sustentada en la falta de posibilidad de contradicción ya que no se conoce a la persona que sostiene algo.

Sobre los documentos obtenidos de forma anónima, se encuentran algunos casos que contienen declaraciones (como el supuesto de un video dejado en la fiscalía con un testigo sin identificar, sin rostro y cuya voz se altera) que no pueden ser incorporados y, otros, simplemente información (como entregar anónimamente, por ejemplo, fotos u oficios enviados de una institución, etc. que deben ser valorados en el proceso o también el caso de un acta de declaración de una persona identificada que es obtenida anónimamente).

Es importante sostener que “declaración” es toda manifestación expresa o exteriorización del pensamiento, en todas sus posibles formas, también por escrito como sería el caso del acta de un interrogatorio de un anónimo. En este supuesto, dado que no es posible conocer a la persona y, por consiguiente, contradecir dicho testimonio, su incorporación al proceso referido está proscrita.

Sin embargo, en el caso de objetos, aún cuando tengan la calidad de documento pero que no contengan declaración de persona alguna, estos no cobran vida (“no declaran”). Por consiguiente, son objeto de la valoración que se hará en su momento y su incorporación al proceso es válida.

Ahora, el hecho de su obtención anónima no exime al fiscal de ponerlo en conocimiento a las partes.

### **Documentos obtenidos de fuentes desconocidas**

En la investigación de delitos de corrupción de funcionarios, el papel de los medios de comunicación generalmente coadyuva a la investigación, otorgando datos, fotografías, videos, etc., cuya fuente en su gran mayoría no son revelados, dado el secreto profesional que les asiste.

Muchas veces los imputados intentan cuestionar los videos y fotografías alegando que se ha vulnerado su derecho a la intimidad y que, por consiguiente, dichos documentos constituyen prueba prohibida.

Sin embargo, la obtención de este tipo de imágenes o documentos debe ser contextualizada para establecer si ha existido una vulneración de derechos fundamentados en su obtención: Por ejemplo, si la fotografía ha sido obtenida en una reunión social y, por ende, el investigado ha cedido un espacio de privacidad no habría afectación del derecho a la intimidad.

Para proceder a la valoración conjunta de la prueba, se debe tener un criterio amplio que permita su incorporación, salvo que exista una evidente vulneración de derechos fundamentales.

### **Los informes de control**

En la investigación por delito contra la administración pública en muchas ocasiones nos encontramos con informes emitidos por la Contraloría General de la República. Una de las cuestiones a tener en cuenta es la naturaleza jurídica de este informe.

De conformidad con el inciso f) del artículo 15° de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, los informes emitidos como resultado de las acciones de control realizadas por la Contraloría, con el debido sustento técnico y legal, constituyen prueba preconstituida.

Al respecto, hay que señalar que la prueba preconstituida es aquella que preexiste al proceso penal, que es anterior a la actividad prejurisdiccional, se suele decir que son actos definitivos e irreproducibles, que pueden ser incorporados directamente al debate sin necesidad de repetirlo en la investigación o de darle añadidos en el proceso y que no puede volver a repetirse en las mismas condiciones en las que se hizo.

En general, la incorporación como prueba preconstituida de los informes de control en el marco del nuevo modelo procesal no es tomada en cuenta en la investigación, precisamente porque este carácter de prueba *preconstituida* es virtual y no real.

De esa manera, no puede tomarse como un documento definitivo, como sería en el caso de un acta de levantamiento de cadáver, puesto que las condiciones y el periodo de tiempo en que se realizó requiere muchas veces que los auditores lo “mejoren” en el curso de las investigaciones (con informes complementarios, con documentación de “papeles de trabajo”, etc.). Asimismo, tampoco puede señalarse como un documento irreproducible, dado que las condiciones en las que se realizó no son únicas.

Este carácter *virtual* de los informes de control, es decir solo porque la ley lo señala, trae entonces problemas en su incorporación, puesto que la dinámica de la persecución y de la defensa, más aun

con el modelo del nuevo código, requiere un entendimiento cabal del mismo e incluso ampliaciones según las hipótesis de la investigación, lo que contraviene su presunta naturaleza definitiva.

Actualmente, no se puede afirmar que los informes de control sean incorporados como prueba preconstituida, asimismo atendiendo a la dinámica del juicio oral, que privilegia los medios de prueba, los auditores son invitados a sustentar su informe, por lo que tampoco se podría afirmar que la valoración de estos documentos se hacen en calidad de prueba preconstituida.

En la jurisprudencia peruana, la valoración de los informes como prueba preconstituida, tampoco ha sido uniforme. Así, existen decisiones que señalan que estos *“deben ser corroborados con un dictamen pericial contable completo”*, pues si bien es cierto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control establece que *“se considera que los informes y/o dictámenes como resultado de una acción de control emitidos por cualquier órgano del sistema constituye prueba preconstituida para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar, es cierto también que la ley no precisa que los indicados informes sean implicantes y excluyentes para los efectos de que sirvan como única prueba determinante para llegarse a alguna determinación”* (Ejecutoria Suprema del 26 de abril de 2002 recaída en el expediente 1329-2001). Asimismo, en otra jurisprudencia se consideró que un informe de control *“no puede considerarse prueba plena y definitiva, puesto que el juez, en su condición de director del proceso, puede incorporar otros medios probatorios a fin de corroborar si fuere el caso, para llegar a una certeza legal para definir la situación jurídica del imputado”* (Recurso de Nulidad, expediente N° 2554-2004, del 1 de febrero de 2005).

Por último, otras resoluciones judiciales han señalado, además, el carácter de pericia institucional preprocesal del informe especial emitido por la Contraloría General de la República *“y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente acompaña la prueba instrumental que justifica sus conclusiones, por lo que en principio es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia”* (Recurso de Nulidad N° 3700-2005-UCAYALI del 7 de diciembre de 2005).<sup>379</sup>

Por otro lado, el artículo 321.2 del Código Procesal establece el apoyo que debe brindar el Sistema Nacional de Control, por lo que la Contraloría General de la República puede emitir informes a solicitud del Ministerio Público y no esperar la expedición de una acción de control.

Al respecto, y en aras de hacer más eficiente la labor del Ministerio Público, el Poder Judicial y la Contraloría General de la República, estas instituciones han suscrito un Protocolo de Actuación Conjunta (2012), que contempla tres escenarios:

- Los hechos comprendidos en una acción de control no vinculados a una investigación penal. En este caso, la Contraloría General de la República emitirá un informe técnico e institucional de carácter oficial que contará con el desarrollo mínimo de los elementos objetivos y subjetivos del delito, la prueba sustentatoria respectiva y la cuantificación del perjuicio económico ocasionado al Estado en los casos que corresponda.
- Hechos vinculados a investigación penal no comprendidos a una acción de control. En este caso, el Ministerio Público podrá solicitar a la Contraloría General de la República la pronta verificación de los hechos de interés de una investigación fiscal. Como resultado de esta, la Contraloría General de la República emitirá un informe técnico e institucional de carácter oficial.
- Hechos comprendidos en una investigación penal o relacionados a una acción de control. La Contraloría por requerimiento expreso del representante del Ministerio Público podrá formular, excepcionalmente y previa coordinación, reportes de avance de la acción de control.

<sup>379</sup> Jurisprudencia Citada por CUMPA TORRES, Marco, *Apuntes sobre la prueba preconstituida*. En: <http://www.monografias.com/trabajos61/prueba-preconstituida/prueba-preconstituida2.shtml#xnuetra>. Asimismo resulta de interés el artículo publicado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida: La posición de la Corte Suprema al respecto”. En: [http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/control\\_guberna/2011/contgub\\_11\\_08.pdf](http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/control_guberna/2011/contgub_11_08.pdf)

### **Cadena de custodia**

- En cuanto a la cadena de custodia, al igual que en todos los casos, debe observarse el Reglamento de Fiscalía de la Nación dictado con dicho fin, ello al igual que en todos los casos.<sup>380</sup>
- Sin embargo, se debe tener en cuenta que, en casos de corrupción, muchos elementos de prueba no son los mismos que para los casos llamados comunes, por lo que se requiere contar con la asistencia técnica correspondiente, como cuando se está frente a elementos informáticos o tecnológicos, etc. En este tipo de casos se requiere soporte adecuado para su cautela, que permita el recojo y rotulado pertinente.<sup>381</sup>
- En el caso de documentación contable y financiera, si esta no ha sido entregada voluntariamente por sus tenedores y ha tenido que ser objeto de incautación, por ejemplo, igualmente debe cautelarse la cadena.

### **5.3.2. Prueba y valoración probatoria**

#### **Prueba prohibida**

El Código Procesal Penal peruano ha recogido la prohibición de valorar la prueba ilícitamente obtenida. El artículo VIII TP CPP, señala que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo y seguidamente agrega que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Se diferencian dos niveles de ilicitud en la incorporación de la prueba, por violación de formalidad procesal (*prueba irregular*) y la ilicitud en la obtención de la prueba con violación de los derechos fundamentales (*prueba prohibida*).

La prueba prohibida o ilícitamente obtenida es aquella que directamente se origina con la vulneración de derechos fundamentales y también la que indirectamente se origina en la ilicitud realizada (efecto reflejo de la regla de exclusión). Esto último, es lo que se conoce como: *The fruit of the poisonous tree doctrine*, o teoría del árbol envenenado, esta señala que si la raíz del árbol está envenenada, los frutos también lo están.

La necesidad de proteger los derechos fundamentales constituye un límite a la actividad de búsqueda de verdad por parte de la administración de justicia y, en especial, de los órganos persecutores del delito, es decir, de los fiscales y de los policías. Sin embargo, qué sucede cuando se han realizado actos de investigación vulnerando derechos fundamentales.

El sistema de prohibición de prueba en el Perú se encuentra dirigido a proteger derechos fundamentales, por lo que, en principio, existe el derecho del procesado que le permite excluir la prueba que vulnera estos derechos y que impide al juzgador valorarla.

Así, el Código Penal peruano sentencia que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, ya sea directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

El contenido esencial de un derecho es un concepto que se encuentra en Ley Fundamental de Bonn (Alemania), que limita la labor del legislador para respetar los derechos fundamentales y que ha sido importado y recibido en diversos ordenamientos, como un límite a toda actividad que pueda vulnerar derechos fundamentales.

380 Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados (Aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006). En: [http://www.mpfn.gob.pe/ncpp/files/a22e66\\_codigo\\_reglamento\\_cadena.pdf](http://www.mpfn.gob.pe/ncpp/files/a22e66_codigo_reglamento_cadena.pdf).

381 De modo práctico, para el copiado de información se puede utilizar DVD no regrabable que no permite la modificación de datos.

El concepto de *contenido esencial* es materia de amplios estudios, ya sea que se adopte la posición de que el contenido esencial es *absoluto*, esto es que siempre existe un ámbito intangible que es el límite, o que se adopte la posición que el contenido esencial es *relativo*, en este caso se recoge la tesis de que la ponderación resulta necesaria a efectos de determinar la validez del mismo.

El Tribunal Constitucional peruano, recoge la tendencia de que en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, estableciendo que; aquello que constituye o no el contenido esencial de un derecho, solo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, aplicando el test de proporcionalidad.<sup>382</sup>

### **Objetivos de la exclusión de la prueba**

Es necesario diferenciar que en el sistema norteamericano la exclusión de prueba ilícitamente obtenida (*exclusionary rule*) tiene un objetivo diferente, pues su finalidad es prevenir desviaciones o excesos (*deterrent effect*) del accionar policial, a fin de evitar la realización de estas conductas ilícitas.

Resulta de suma importancia, a la hora de establecer posibles excepciones, señalar esta diferencia respecto al objetivo de la institución en cada sistema, que se podrían presentar en la valoración de la prueba ilícitamente obtenida, pues estas tienen que responder a sus fines.

Así, en Estados Unidos, se han desarrollado diversas excepciones a la regla de la exclusión cuando no correspondan al objetivo de prevenir las malas prácticas policiales como:

- **Buena Fe**

Quando la policía realiza un acto en la creencia de que lo hace legalmente, por ejemplo, al ingresar a un domicilio y obtener evidencias creyendo que tiene una orden judicial para ese inmueble, la misma que ha sido revocada.

- **Descubrimiento inevitable**

Quando el elemento de prueba hubiera sido obtenido inevitablemente con el accionar policial legal. El ejemplo típico es que "X" en una confesión ilegal reveló el paradero del cuerpo de su víctima, cuando la actividad policial se encontraba peinando la zona que incluía el lugar donde se encontraba el cuerpo.

- **Nexo casual atenuado**

Quando la prueba no se hubiera obtenido de no producirse la lesión del derecho fundamental. Un ejemplo típico es el allanamiento ilegal donde se detiene a "X" por posesión de droga, quien inculpa a "Y" de la venta y a quien también se le encuentra droga y quien a su vez inculpa a "Z" que es detenido. Días después y en libertad, "Z" confiesa voluntariamente, lo que nunca hubiera hecho de no haber sido detenido.

Si bien nuestro sistema de prohibición de prueba no tiene por objetivo principal el "*deterrent effect*", ello no significa que al verificarse la violación de derechos fundamentales en las prácticas policiales, los fiscales dejen de estar pendientes respecto a la responsabilidad funcional y/o penal de los efectivos policiales en estos hechos.<sup>383</sup>

### **Las excepciones del sistema peruano**

Atendiendo a los fines del sistema de prohibición de prueba adoptados, esto es, como un límite al poder persecutor para garantizar los derechos fundamentales y valores constitucionales, se pueden señalar, en principio, como excepciones que permitan valorarla, las siguientes:

382 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

383 Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1971/5.pdf>.

- Fuente independiente o falta de nexo causal: En este caso no existe causa-efecto entre la lesión del derecho fundamental y la evidencia obtenida, por lo que esta tiene todos sus efectos. Como ejemplo, si se excluyen las huellas digitales de un imputado conseguidas tras una detención ilegal, pero se admiten las huellas digitales del mismo que se encontraban en los archivos policiales.
- Inobservancia constitucional a favor del imputado: Se señala, en el artículo VIII.3 del Nuevo Código Procesal Penal, que la inobservancia de cualquier garantía constitucional a favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio. Se admite bajo esta garantía que la prueba ilegalmente obtenida pueda ser utilizada a favor del imputado.
- Criterios de ponderación de intereses: De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se recurre al principio de proporcionalidad, pues el contenido esencial de un derecho, solo puede determinarse en cada caso concreto, por lo que no puede ser descartada la utilización e importación de otras excepciones siempre que respondan a los fines del sistema de protección constitucional.

Esta manera de resolver los conflictos entre los derechos individuales y el interés estatal en la persecución de delitos ha sido denominada “doctrina de la ponderación de intereses”. En Estados Unidos tiene su expresión en el *balancing test*, que consiste en contrapesar los bienes jurídicos de acuerdo con las circunstancias del caso para determinar cuál “pesa” más: el interés público de un tema que puede ser relevante en un proceso penal o el derecho individual, sacrificando uno de estos.

La jurisprudencia será la que desarrollará caso a caso, cuando nos encontramos ante la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales en la búsqueda de pruebas, por lo que el desarrollo jurisprudencial puede incluir la utilización de las diversas teorías como nexo causal atenuado, buena fe, descubrimiento inevitable, prueba ilícita para terceros, aportación de pruebas de particulares, delaciones que se realicen fuera del proceso, etc. Siempre que ello se justifique por la mayor importancia de otros valores o derechos constitucionales, pues esta es la finalidad del sistema de pruebas que hemos utilizado. Por tanto, la utilización del test de proporcionalidad, conllevará la construcción de una doctrina nacional propia en materia de prueba prohibida.

### ***Audiencia de tutela y exclusión de prueba***

Actualmente, conforme lo ha señalado el Acuerdo Plenario N° 04-2010, la audiencia de tutela constituye uno de los momentos procesales de exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente. Dado que todavía en una investigación preliminar se puede acudir al juez en vía de tutela, los cuestionamientos a la incorporación de la prueba pueden ser muy prematuros.

Ello, aunado a que en la práctica no existe una evaluación liminar de las solicitudes de exclusión probatorias, por lo que se realizan audiencias en casos manifiestamente improcedentes con la consiguiente pérdida de tiempo y recursos.

Por ejemplo: La audiencia de tutela para excluir la declaración del imputado brindada en la sede policial pese a que esta es una entrevista de datos personales y la persona a quien comunicar la detención sin que exista narración o incriminación sobre los hechos.

## **5.3.3 El uso de las declaraciones recabadas en la etapa de investigación preparatoria y su valoración probatoria**

### ***5.3.3.1 Declaraciones previas***

La declaración previa procesal es entendida, en nuestro medio, como toda declaración que ha sido recibida a lo largo de la investigación preliminar o preparatoria, ya sea del imputado o testigo. La confesión como medio de prueba es un tipo especial de declaración previa procesal.

Diferenciamos la declaración previa procesal de la extraprocesal, que es aquella recibida en cualquier circunstancia como declaraciones en medios de comunicación, en eventos públicos, etc.; cuyo tratamiento excede a esta nota.

Las instrucciones previas a la declaración del imputado se encuentran expresamente reguladas en el nuevo código procesal penal, lo que constituye un avance en el respeto a la libertad de declarar, por lo que, una vez realizado conforme a las reglas de dicho ordenamiento, no debiera existir ningún impedimento en relación a su actuación en el juicio oral.

Si bien la práctica habitual de los tribunales peruanos ha sido permitir el uso de las declaraciones previas de los imputados al acto del juicio oral, una nueva práctica se está extendiendo entre los jueces de Juzgamiento de Lima que aplican el nuevo Código Procesal Penal de 2004, al no permitir su introducción sustentada en la afectación del derecho a la no incriminación.

Al respecto, la utilización de una declaración previa procesal del imputado en el acto de juicio oral, no afecta el derecho a la no incriminación, ya sea en el modelo del CPP de 1940 como en el modelo del Nuevo Código Procesal Penal de 2004.

Ello, en razón de que el ámbito de la protección de este derecho se encuentra referido a la libertad de declarar, básicamente a no ser obligado a introducir alguna información en su contra, es decir el imputado no está obligado a colaborar con su propia condena.

De esta manera, no se puede sostener que la presentación de diversas declaraciones procesales previas al juicio que ha brindado el procesado, constituyan una vulneración a este derecho, pues no significa que se obliga a declarar sobre los mismos, manteniéndose incólume su derecho a guardar silencio.

Cabe recordar, que el respeto al derecho a la no incriminación es indiferente al modelo procesal vigente, es decir, es de aplicación tanto con la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 como en el caso del Código Procesal Penal de 2004. Para ello, debe constar un recuento del tratamiento de las declaraciones previas en ambos modelos:

En la sentencia contra Alberto Fujimori, dictada bajo las reglas del CPP, se ha señalado que:

“La Fiscalía solicitó que se incorpore como material documentado utilizable las diversas declaraciones realizadas por Vladimiro Montesinos Torres en sede congresal, fiscal y judicial, cuando optó por declarar (...)”.

Pero, ¿significa esto último que no puedan utilizarse las declaraciones que Montesinos Torres ha podido brindar en otras sedes: congresales, fiscales y judiciales? La respuesta es negativa. Dichas declaraciones son plenamente valorables. Las manifestaciones que contienen serán objeto de análisis, individual y con el conjunto de la prueba actuada. El motivo por el cual estas se utilizan es la presencia de una causa excepcional e insubsanable derivada de la negativa a declarar de Montesinos Torres, que fue citado pero invocó su derecho al silencio. Es obvio que cuando un coimputado decide no declarar en uso de su derecho este es absoluto, pero una vez que lo hace en cualquier lugar –que declara– se entiende que ha renunciado al mismo y, por ende, su declaración puede utilizarse. La negativa a declarar, como es fácil colegir, deja a los abogados de las partes sin posibilidad de interrogar y contrainterrogar, pero esta conducta no es culpa del Estado o del tribunal, que lo llama, sino de Montesinos Torres que se niega a hacerlo. Por tanto, el tribunal ha cumplido con su obligación al citarlo para someter a contradicción simultánea su declaración; el derecho existió y se concedió, si bien el testigo se negó a declarar.

“Las declaraciones de Montesinos Torres no fueron desconocidas por las partes y, en esas condiciones, por su contenido, era previsible que fueran invocadas por ellas en apoyo a sus pretensiones y resistencias, al punto que tenían la posibilidad cierta de ofrecer evidencia para cuestionarla, neutralizarla, o, en su caso, apoyarla (Fundamentos 82 y 83 de la sentencia)”.

La reforma procesal penal instaurada en América Latina, incluyendo el Perú, dota al Ministerio Público de la facultad exclusiva de perseguir e investigar, además de introducir el formato de audiencia en el proceso penal. En el juicio oral, al igual que en el modelo anterior, se recoge la declaración del procesado y se pueden introducir el uso de las declaraciones previas del acusado en cualquier contexto, a efectos de establecer la verdad. Igualmente en este modelo, como bien señala Riego:

“En principio, como regla general podemos decir que las declaraciones que el imputado haya formulado fuera del juicio sobre hechos relevantes en el mismo constituyen una información que puede ser incorporada al debate y, por supuesto, valorada por el tribunal en su fallo. Una declaración previa del imputado puede haber sido formulada en cualquier contexto, fuera o dentro del proceso, verbalmente o por escrito, en un ámbito público o privado, lo que la hace relevante en su vinculación con los hechos del juicio”.<sup>384</sup>

Por su parte Baytelman y Duce, señalan en cuanto a los registros policiales, que el esfuerzo por excluir estas declaraciones se ha basado en la desconfianza. Sin embargo, beneficia a la defensa, en la medida en que le permite obtener declaraciones inconsistentes para el contraexamen de los policías. Por último, *“lo cierto es que prácticamente todos los sistemas acusatorios –aun los más garantistas– admiten el uso de declaraciones previas con estos fines”*.<sup>385</sup>

En cuanto a Chile, queda claro que la utilización de declaraciones previas son admitidas, aunque se haya señalado en alguna jurisprudencia que su lectura durante el juicio oral no constituye prueba sin embargo *“podrían servir de ayuda a los sentenciadores para restarle credibilidad a los testimonios dados en el juicio oral por los declarantes, siempre sobre la base de la existencia de otras pruebas”*.<sup>386</sup>

En el Salvador, de conformidad con el artículo 330° de su ordenamiento procesal se admiten:

“Supuestos de declaraciones contradictorias de imputados, testigos y peritos en el juicio oral respecto de la declaraciones anteriores efectuadas durante la fase de instrucción; la inclusión de esta categoría entre las excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral obedece a la posibilidad de otorgar valor probatorio a las declaraciones realizadas antes del plenario que tengan para el tribunal, por múltiples razones, mayor verosimilitud que las realizadas en este”.<sup>387</sup>

384 RIEGO, Christian. *La declaración del imputado en el juicio Oral*. Última consulta: 14/12/12. En: [http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la\\_prueba\\_proceso\\_penal/19.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/19.pdf).

385 ANDRÉS BAYTELMAN A. y J. MAURICIO DUCE. *Litigación penal, Juicio oral y prueba*. Última consulta: 14/12/13. En: [http://www.procesal1catedra2.com.ar/sites/procesal1catedra2.com.ar/files/Apunte%20N%C2%B01\\_0.pdf](http://www.procesal1catedra2.com.ar/sites/procesal1catedra2.com.ar/files/Apunte%20N%C2%B01_0.pdf).

386 Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 12 de octubre de 2002.

387 GRANADOS REYES, Deysi Noemí, Lidia Teresa LEMUS FLORES y Guadalupe PORTILLO RIVAS. *Medios de Prueba*. En: <http://www.isis.ufg.edu.sv/wwwisis/documentos/TE/344.046-G984c/344.046-G984c.pdf>.

En el Perú, el artículo 393. 2 del Código Procesal Penal establece que *“el juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos”*.

Se podría afirmar que el principio de la valoración conjunta de la prueba exige al juzgador conocer las declaraciones contradictorias. Al respecto, el Tribunal Supremo español afirma:

“En el caso de declaraciones contradictorias de acusados y testigos en el juicio oral y en declaraciones anteriores ante la policía o ante otras autoridades judiciales, el tribunal que dicta sentencia tiene la facultad, de acuerdo con el principio de valoración conjunta de la prueba, de conceder crédito a unas u otras, en todo o en parte, según la verosimilitud que le merezcan (sentencias de 28 de febrero, 24 de marzo, 6 de abril y 23 de mayo de 1994).”<sup>388</sup>

### 5.3.3.2 Declaraciones espontáneas

Actualmente, se ha establecido como práctica que el abogado debe estar presente necesariamente en cualquier entrevista al imputado. Ello responde a una lectura literal del artículo 68.1 l) del Código Procesal Penal, sin tener en cuenta, sin embargo, que dicho numeral se ha establecido para diligencias que realice la policía sin presencia del fiscal. Por otra parte, el artículo 71° inciso 2 d) establece el derecho a solicitar un abogado defensor. Este artículo, también contempla el deber de las autoridades de brindar información. Asimismo, el artículo 86° del mismo cuerpo normativo establece que la declaración del imputado será prestada ante el fiscal y con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando este lo ordene o cuando el imputado lo solicite.

De esta manera, pareciera que a pesar de que el fiscal acredite que informó de su derecho a guardar silencio, cualquier declaración obtenida sin presencia de su abogado no podría usarse en contra del imputado, lo que contraviene lo desarrollado en la doctrina sobre la libertad de declarar.

Más aun, en una lectura literal no se permitiría a la fiscalía ni a la policía oír la espontánea declaración del imputado ni utilizar la información revelada que permita, por ejemplo, detener un delito en curso.

Ello, a pesar de que en la jurisprudencia comparada, estos casos especiales de espontaneidad son introducidos al proceso a través de los testimonios de las personas que lo presenciaron.

Por esto, es necesario ampliar, en este apartado, el desarrollo de la jurisprudencia a efectos de respetar las garantías de los imputados sin que se pierda la eficacia.

## 5.4. El plazo de la investigación preparatoria y su control

### 5.4.1 Necesidad de integración de plazo

En la investigación de delitos contra la administración pública se presentan múltiples situaciones que no son comunes a los otros delitos, lo que ha conllevado a tener diversas situaciones problemáticas en torno al plazo no solo por razón de su complejidad, pluralidad de imputados, sino en relación a las diversas incidencias en relación a estos. Por ejemplo:

388 Sentencia de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 17 de abril de 1995. En: <http://supremo.vlex.es/vid/presuncion-inocencia-prueba-cargo-17712145>

- Uno de los investigados puede tener prerrogativa de antejuiicio y, por consiguiente, se debe proceder al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, lo que “congela” el inicio de la investigación preparatoria para esta persona pero no para las demás
- Uno de los investigados puede haber sido investigado por un fiscal y luego acumula otra investigación que tiene un plazo distinto
- Uno de los investigados es incorporado con posterioridad en la investigación, cuyo plazo se encuentra en curso sin que esta persona se haya sometido al mismo

El Código Procesal peruano no establece una respuesta en relación al plazo “valedero”, sin embargo se debe tomar una decisión con la finalidad de que los imputados tengan conocimiento cierto del vencimiento del plazo de la investigación.

Al respecto, la Sala de Apelaciones de Lima ha señalado en la resolución de fecha 06.08.2012 (expediente 154-2011), que el fiscal debe solicitar la *integración de plazo* al juzgado de investigación preparatoria a efectos de evitar la vulneración al plazo razonable.

#### 5.4.2 Control de plazo de la investigación preliminar

Actualmente, existe el control de plazo de la investigación preliminar en virtud de lo dispuesto en el artículo 334.2 del CPP, establecido como una cautela de quien se considere, por un lado, afectado por un plazo irrazonable o, por otro, considere arbitraria la decisión del fiscal de no dar fin a la investigación.

Sin embargo, no existe actualmente una evaluación en relación al carácter de la investigación preliminar ni la legitimidad de quien deduce el control, es decir la ley señala “quien se considere afectado”, sin que ello signifique, necesariamente, que sea cualquier denunciado.

Un control de plazos excesivamente formal en esta etapa preliminar donde aún no hay imputados abstrae la labor fiscal; cabe señalar que solo debe existir control de plazos cuando se afecte el derecho de una persona investigada a obtener decisión en un plazo razonable y no solo como una herramienta para evitar que se continúe con la investigación.

De esta manera, el control del plazo de las diligencias preliminares tiene que privilegiar su objetivo; el esclarecimiento de los hechos. Si revisamos el artículo 330.2 del CPP, en él se señala que “*las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables*” por lo que estas exigen su conclusión a la mayor brevedad posible. Sin embargo, esta lectura no puede ser literal, pues las exigencias que se deben cumplir para iniciar un proceso penal establecidas en el artículo 336.1 del CPP (indicios reveladores de la existencia de un delito, acción penal no prescrita, individualización del imputado y, de ser el caso, cumplir requisitos de procedibilidad), deben hacerse o evaluarse necesariamente en una investigación preliminar.

### 5.5 Problemas de aplicación del Código Procesal Penal

Los problemas de la aplicación del Código Procesal Penal para los delitos de corrupción de funcionarios han traído a debate la necesidad de implementar la reforma procesal penal a otro nivel, esto es aplicar el nuevo modelo a la persecución de delitos complejos.

En este extremo, se necesita encarar las dificultades de la obtención de información y el procesamiento de grandes cantidades de datos. El Código Procesal Penal responde en sus reglas y plazos generalmente a los casos “tipo”, sin embargo cuando nos encontramos frente a casos que no responden a este estándar es imprescindible acudir a los jueces para que interpreten debidamente la ley.

Por ejemplo, nuestra norma procesal establece quince días de plazo para realizar el requerimiento acusatorio sin diferenciar si se trata de un caso simple o complejo, dado que no existe supuesto

especial, debe atenderse a la inexistencia de la misma exigencia en una acusación de un cohecho de tránsito que en un caso grave de colusión.

Además, hay demasiado formalismo de parte de algunos fiscales, creado a partir de las exigencias de los jueces de control, como notificar a cada una de las partes todos los actos de investigación que se practican, a pesar de que el artículo 847° señala que el abogado tiene acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso. Además, no se toma en cuenta que los abogados tienen el deber de hacer seguimiento a los casos y verificar la información obtenida.

Por otro lado, la conclusión de la etapa de investigación, pareciera que impide al fiscal continuar con los actos de investigación, sin embargo, al igual que en cualquier parte del mundo, el modelo peruano establece que se puede ofrecer en el juicio una prueba nueva obtenida después del control de acusación, en la práctica esto no será operativo si el fiscal considera que existe alguna prohibición de practicar actos de investigación o de recabar información.

No existe plazo total para la etapa intermedia, lo que en la práctica se traduce en que, actualmente, muchos casos queden estancados en la misma, con duración inclusive igual a la destinada para la investigación preparatoria.

Actualmente, el principal problema se encuentra en la interpretación de las normas del Código Procesal Penal, que puede convertirse en un *boomerang* para la reforma del modelo procesal penal, pues si no se flexibiliza la duración de la investigación o se insiste en la lectura literal de las normas, se alientan prácticas forenses que inciden sobre ellas y no en una verdadera defensa del imputado.

Evitar que se continúe la investigación a través del control del plazo o restarle valor a prácticas fiscales o policiales bajo el argumento de que el “código establece”, sin evaluar si se vulneran o no los derechos fundamentales, genera desaliento y desánimo por enfrascamientos legales que pueden ocasionar la impunidad y que se traducen en una desconfianza hacia el sistema de justicia que es etiquetado como ineficiente.

Una solución sería difundir los casos, para generar un debate académico, con la finalidad de perennizar el “principio pro investigación” si es que resulta evidente que las prácticas o actos realizados no atentan contra derechos fundamentales.

## 5.6 Principales ventajas del nuevo modelo

### 5.6.1 El sistema de audiencias en la investigación

El sistema de audiencias permite mayor inmediatez y celeridad, así como la discusión con argumentos, evitando la “pelea de papeles”; además, posibilita al juez un mejor conocimiento del caso e información de mayor calidad que la obtenida en la documentación con el objetivo de pedir las aclaraciones pertinentes en la audiencia.

No debe olvidarse que en la primera etapa de investigación preparatoria, también hay audiencias.

Revisando el nuevo modelo procesal penal peruano, se observa que, por regla, el fiscal se conduce oralmente en las audiencias y que el juez decidirá *“siempre que lo disponga este código, previa audiencia con intervención de las partes”* (artículo 123.2).

Las audiencias se encuentran previstas para resolver determinados requerimiento de las partes:

- Medios de defensa (artículo 8.2)
- Imposición de medidas coercitivas de búsqueda de pruebas (artículo 203°)
- Acudir al juez en vía de tutela (artículo 71.4)
- Nulidad de transferencias de bienes sujetos a decomiso (artículo 15.2. C)

- Inimputabilidad del procesado (artículo 75.2) y anomalía psíquica sobrevenida (artículo 76.1)
- Oposición a la exhibición o incautación (artículo 224.2)
- Reexamen de la intervención e interceptación de las comunicaciones (artículo 228.2)
- Prueba anticipada (artículo 245°)
- Convalidación de la detención preliminar (artículo 266.2)
- Procedencia de la detención preventiva (artículo 271°)

El sistema o formato de audiencia es una metodología para la toma de decisiones, que: a) Permite un debate intenso de ideas entre las partes interesadas para producir información de calidad con menos posibilidades de error. Por ende, permite la contradicción; y b) evita que el proceso comunicativo entre las partes y el juez sea interferido por la interpretación de un texto.

Ello implica que las partes deben presentar sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria; que los jueces deben resolver en forma inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida en la audiencia.

Sin embargo, en un sistema acostumbrado a la escrituralidad existe el riesgo de que estas audiencias se conviertan en una formalidad o en un ritualismo sin contenido alguno para cumplir con un requisito y que la información necesaria para la resolución del juez será obtenida del expediente. Asimismo, que se pretenda que, en estas audiencias preliminares, se exija convicción o el mismo nivel de certeza que en el juicio oral.

Por otro lado, existe el riesgo de confundir el sistema de audiencia con el sistema de registro, ya sea este por acta o video o por ambas. La utilidad de un sistema de registro no está dirigida hacia el juez sino a las partes, con la finalidad de que tengan conocimiento de las actuaciones realizadas y las preparen para el juicio oral, así como cumple una función administrativa del funcionamiento del sistema de justicia.

Por esto, deben diferenciarse ambas situaciones, lo que conlleva a releer el artículo 120° del NCPP respecto a las actas como una función de documentación o registro y no como soporte o base de futuras decisiones.

Si bien el Código Procesal Penal peruano ha establecido que las actuaciones de la etapa de investigación preparatoria son reservadas, el hecho de contar con formato de audiencias conlleva a reflexionar si estas son públicas o solo reservadas a las partes. Es decir, si se sigue el sentir “reservado” de esta etapa o el de los fines del formato de audiencia.

Es necesario destacar que la publicidad de las audiencias cumple con varias funciones en el proceso. En primer lugar, con una función de garantía para las partes, que pueden asegurarse de la información que el juez considera para adoptar su decisión. También, constituye una garantía en un sentido más amplio como el del control público a la actuación de los órganos estatales ya que este permite que la sociedad en su conjunto pueda verificar que los jueces y demás actores del sistema de justicia criminal actúan de conformidad al mandato establecido en la Constitución y las leyes. Pero, además, cumple con funciones de legitimación del sistema. La publicidad promueve la transparencia del mismo proceso y esta genera, a su vez, confianza en los justiciables.

En los distritos donde se lleva a cabo la implementación de la reforma procesal, la realización de las audiencias tiene un carácter *semipúblico*, pues, si bien no se limita el acceso del público a las salas de audiencia, no se publica con antelación realización de la audiencia, por tanto esta no existe para la comunidad.

Este tema ha generado algún debate en América Latina respecto a la posible vulneración del principio de presunción de quien es sometido a una audiencia preliminar, sin embargo esta postura no es muy sólida teniendo en cuenta, que en el juicio oral y público, aunque con mayor probabilidad, igual nos encontramos ante una persona presuntamente responsable.

Por otro lado, si bien la idea del sistema o formato de audiencias significa el debate y la contradicción entre las partes existen casos especiales que deben hacerse *inaudita pars*, como el caso de la imposición de las medidas de búsqueda de pruebas, es decir sin que el afectado conozca la medida que se va a imponer, para evitar, precisamente, que se le reste eficacia.

Por último, si bien en el NCPP existen regulaciones que no incentivan el formato de audiencia, por ejemplo cuando establece que en algunas ocasiones el fiscal deba remitir la información al juez de la investigación preparatoria junto con el expediente fiscal y, asimismo, se establece que el magistrado puede resolver de modo diferido, es decir no en la misma audiencia (incluso se señala que puede retener el expediente fiscal a fin de resolver).

Por ejemplo, en el caso de la realización de las audiencias de Medios de Defensa se establece que *“excepcionalmente, y hasta por veinticuatro horas, podrá retener el expediente fiscal para resolver el medio de defensa deducido, que se hará mediante auto debidamente fundamentado”* (artículo 8.2).

Por esto, de modo permanente, se requiere de una concienciación sobre la importancia de esta audiencia, para impedir su desgaste y su real utilización como herramienta en la toma de decisiones.

### 5.6.2 El seguimiento de casos por el fiscal

El nuevo modelo procesal, al no establecer ruptura de estamentos entre la etapa de investigación y juzgamiento, como el CPP (Juez Instructor - Sala Superior) permite un mayor compromiso del fiscal con el caso y seguimiento hasta obtener sentencia.

Existe mayor celeridad del proceso en torno al órgano encargado de investigar, presentar la acusación y sostener el juicio, reduciendo el tiempo que se invertía, anteriormente, hasta que un fiscal superior tomara conocimiento de lo actuado en instrucción.

De esta manera, aun cuando se trate de un solo fiscal o de un equipo de fiscales, como es el caso de la Fiscalía Supranacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, el hecho de que sea un ente persecutor el encargado del caso desde el comienzo hasta la imposición de una pena, permite el conocimiento continuo del caso.

Esta forma de gestionar los casos que proporciona el nuevo modelo procesal penal implica un ahorro de tiempo y recursos; garantizando que las decisiones de continuar con el caso, según corresponda en cada etapa, responden de modo progresivo a una mayor probabilidad de obtener una condena.

