



## PRESENTACIÓN

*A un año del gobierno del presidente Humala*

# Balance en la lucha contra la corrupción

Por **YVÁN MONTOYA**

Coordinador del Proyecto  
Anticorrupción del IDEHPUCP

El 28 de julio de 2011 en el discurso de asunción del cargo como Presidente de la República, Ollanta Humala Tasso, advirtió la necesidad imperiosa de recuperar progresivamente los valores éticos que deben caracterizar el ejercicio de la función pública en la República. De esta manera hacía suyo el diagnóstico sobre la lamentable situación de la corrupción que caracterizaba el Perú luego de concluido el gobierno del régimen aprista. En ese sentido, el presidente Humala se comprometió esencialmente a lo siguiente:

- Postura del ejecutivo a favor de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en agravio del Estado
- Postura del ejecutivo a favor de la inhabilitación perpetua contra los autores o cómplices para el ejercicio futuro de cualquier función pública
- Propuesta de supresión de penas condicionales en las condenas por corrupción para que la prisión se cumpla de manera efectiva.
- Postura del ejecutivo a favor de la eliminación de los beneficios penitenciarios en casos de corrupción.

Estos compromisos fueron ratifica-

dos pocas semanas después en el mensaje del Primer Ministro dirigido al Congreso de la República. Sin embargo se añadieron otros compromisos dirigidos a la implementación de algunas políticas contra la corrupción:

- El anuncio de reestructuración y unificación de las Procuradurías Anticorrupción y Ad Hoc en una única Procuraduría Anticorrupción.
- Se precisó la propuesta de imprescriptibilidad de la persecución penal para los delitos de corrupción, en este caso para delitos cometidos por altos funcionarios (art. 99° de la Constitución) y la inhabilitación perpetua para ejercer función pública para aquellos que delincan dolosamente en graves casos de corrupción.
- La propuesta de una ley para que los costos en los que incurra el Estado durante la permanencia de un condenado por corrupción en un centro penitenciario sean incluidos en la reparación civil que el condenado deba pagar.
- Mediante Decreto Supremo, se creará una Procuraduría General para casos de corrupción y criminalidad para altos funcionarios del Estado, que forme parte del Sistema de

## CONTENIDO

### PRESENTACIÓN

- Balance en la lucha contra la corrupción (Pág. 2)

### ARTÍCULO ESPECIAL

- Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública (parte II) (Pág. 3-6)

### COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

- Jurisprudencia vinculante sobre peculado por extensión y apropiación ilícita agravada (Pág. 6-8)

### ENTREVISTA

- Entrevista a Dr. Avelino Guillén (Pág. 9-13)

### NOTICIAS DESTACADAS

- (Pág. 14)

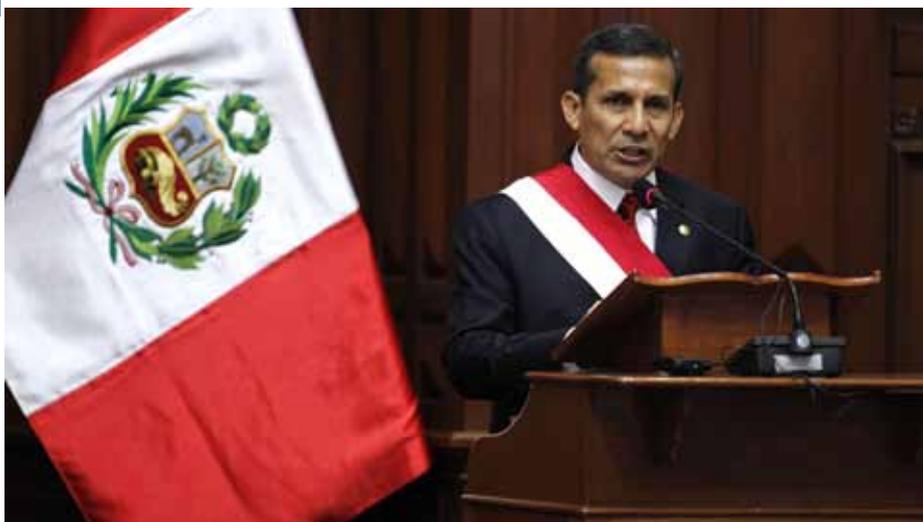
### TALLERES

- Taller de capacitación en delitos contra la administración pública en Piura (Pág. 15)

Defensa Jurídico del Estado.

- Finalmente, se señaló que se ha procedido a la reorganización del Organismo Superior de Compras del Estado (OSCE) y se ha iniciado una investigación de las denuncias en el Banco de Materiales.

Antes de detenernos en los anuncios realizados por el presidente a un año de su mandato, (28 de julio de 2012) resulta importante evaluar el estado de los compromisos. Con relación a la imprescriptibilidad de los delitos de



corrupción de funcionarios cabe señalar que a pesar de tener mayoría en el congreso de la república junto con sus aliados (PP), resulta poco explicable por qué hasta ahora no se ha conseguido aprobar dicha norma en el Congreso. Esta situación debería ser aprovechada para aprobar una pluralidad de medidas en ese mismo sentido tales como la inhabilitación perpetua, la muerte civil para aquellos condenados que no cumplen con pagar su deuda con el Estado o la prohibición de aplicar medidas de suspensión de la ejecución de la pena sin que el condenado haya cumplido con reparar o haya garantizado seriamente su cumplimiento.

Sin perjuicio de nuestra opinión sobre estas medidas, sería importante para convencer a las demás bancadas en el Congreso introducir algunos límites o condiciones a tales medidas de tal manera que sólo puedan aplicarse para determinados altos funcionarios y frente a delitos que hayan lesionado o puesto en peligro gravemente el ejercicio regular de la función pública. Se trata entonces de un compromiso hasta ahora no cumplido.

Con relación a la política pública de reestructuración y unificación de las Procuradurías Anticorrupción y la

Procuraduría Ad Hoc Anticorrupción así como la de creación de una Procuraduría General para casos de corrupción de altos funcionarios del Estado, debe indicarse que la primera efectivamente fue implementada. En la actualidad ambas Procuradurías fueron unificadas bajo la dirección actual del Procurador Anticorrupción Julio Arbizu. Sin embargo, la segunda medida por muchos esperada, relacionada con la creación de una Procuraduría para casos de corrupción de altos funcionarios del Estado no fue implementada. Todo hace indicar que tal promesa ya fue abandonada por el gobierno. A pesar del buen desempeño del Procurador Julio Arbizu tal tipo de Procuraduría dirigida a los casos de corrupción de alto nivel sigue siendo una imperiosa necesidad. Ello no sólo por el mensaje dirigido a la ciudadanía y el impacto que puede tener en todos los estamentos de persecución de la corrupción en el Perú sino a efectos que la enorme carga de casos ordinarios que se siguen en la Procuraduría Anticorrupción no termine obstaculizando la estrategia y el tiempo que deben dedicarse a los casos prioritarios, generalmente vinculados con la corrupción de alto nivel. Vemos entonces que se trata de compromisos parcialmente cumplidos.

Finalmente, sobre la política de reestructuración del Organismo Superior de Compras del Estado debe señalarse que el Poder Ejecutivo emitió el Decreto de Urgencia 048- 2011 de agosto de este año por medio del cual se da un plazo de tres meses para plantear los cambios necesarios al OSCE. Así se ha procedido a cambiar al Presidente Ejecutivo y se ha convocado a concurso para completar a los miembros del Tribunal del OSCE. Este último proceso se encuentra aún pendiente por culminar. Consideremos que se trata de compromisos que vienen siendo cumplidos por el gobierno.

A pesar de estos avances y de la importante gestión del nuevo Procurador Anticorrupción Julio Arbizu (funcionamiento del Observatorio Anticorrupción y reimpulso a las acciones conducentes al cobro de la reparación civil de condenados por corrupción), creemos que es aún poco lo avanzado en la materia. Las normas pendientes de aprobar (sobre imprescriptibilidad, inhabilitación y muerte civil) y la creación de una Procuraduría para la alta corrupción siguen siendo aspectos necesarios de implementar más aún cuando el gobierno ha dado muestras de una gruesa debilidad y hasta tolerancia con comportamientos irregulares, indiciarios de corrupción, de sus propios altos funcionarios tal como ha ocurrido con el Vicepresidente de la República y con la Congresista oficialista Cecilia Anicama.

Evidentemente son necesarias muchas otras medidas que incidan en la prevención y el control de la corrupción (por ejemplo las relacionadas con el fortalecimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público en esta materia). En este espacio sólo nos hemos querido referir en las medidas comprometidas por el partido actualmente en el ejercicio del gobierno.

# Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública

Segunda parte de la ponencia presentada en el taller de capacitación en delitos contra la administración pública\*

Por IVÁN MEINI MÉNDEZ

Doctor en Derecho - Universidad de Cádiz (España)

## I. Sobre la Autoría y Participación

En el ámbito de la autoría y participación hay consenso en torno a dividir a los delitos en comunes y especiales. En términos generales, los delitos comunes son realizados por cualquier autor, mientras que en los delitos especiales el tipo penal exige una cualificación determinada para ser sujeto activo del mismo. Dentro de la categoría de delitos especiales, cabe distinguir, por un lado, a los delitos especiales propios; aquellos en que la cualificación especial del sujeto es el fundamento de la pena de tal forma que faltando la misma el hecho es atípico y, por otro lado, a los delitos especiales impropios; aquellos en que la cualidad del autor sirve para atenuar o agravar la pena dada que, a diferencia de los especiales propios, tiene un correlativo delito común. Ejemplo de los primeros es el delito de prevaricato, en la medida que solo un juez o fiscal pueden cometer el delito. Ejemplo de lo segundo es el delito de peculado, ya que si la apropiación no es realizada por un funcionario público todavía se puede sancionar por el delito común de apropiación ilícita. En esta lógica, se podría sostener acertadamente que los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos son delitos especiales.

Con todo, la autoría en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos no representa un problema. Así, en el caso de que el sujeto sea funcionario público, responderá como autor del delito especial. En cambio, si el que está llamado a tener la condición de autor no tiene la cualificación exigida por el tipo penal, éste deberá respon-

der no como autor del delito especial, sino como autor del delito común correlativo (delitos especiales impropios) o simplemente, ante la ausencia de un delito común, no deberá responder penalmente (delitos especiales propios).

Por el contrario, la participación, en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, requieren un análisis más profundo. El **extraneoso partícipe no cualificado** será toda persona que, sin ostentar y detentar la calidad de funcionario público exigida por el tipo penal, interviene, participa o colabora de alguna u otra forma, activa u omisivamente, antes o durante de la ejecución del hecho típico con el autor. Lo anterior debe tenerse en cuenta, ya que la gran mayoría de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos son delitos especiales propios, es decir, no hay un delito correlativo común que pueda imputarse en caso el sujeto no tenga la calidad de funcionario público, por tanto, el hecho deviene en atípico.

La doctrina y la jurisprudencia ha tomado dos posturas o métodos a partir de los cuales se enfrentan o responden ante la eventual responsabilidad en la que puede incurrir un extraneus: por un lado, la unidad del título de imputación, y, por otro lado, la ruptura del título de imputación.

El sector de la doctrina y la jurisprudencia que defiende **la unidad del título de la imputación** es cuantitativamente amplio. La Sala Superior Penal de Trujillo, a través de un Pleno Jurisdiccional<sup>1</sup>, acordó considerar que siempre la participación, independientemente de que el delito sea

común o especial, es accesoria de la autoría. Formulado en otras palabras, el autor, como quiera que sea autor, determina la tipicidad del hecho, y el cómplice, como quiera que sea algo accesorio al autor, no realiza su delito, sino que colabora con la configuración del delito del autor. En esta medida, a manera de ejemplo, no puede haber un cómplice de peculado sin que haya también un funcionario público que responda como autor del delito. La razón es que la complicidad es, como bien ha señalado el Pleno Jurisdiccional, accesoria de la autoría.

El argumento de la accesoriedad de la complicidad, llevado hasta el extremo, desencadena la teoría de la unidad del título de la imputación. Vista así, la teoría de la unidad del título de la imputación sostiene que tanto el autor como el partícipe deberán responder por lo mismo y quien determinará el título de la imputación será el autor.

Ahora bien, desde el punto de vista político-criminal dicho razonamiento parece satisfactorio, ya que, aparentemente, nadie desea mantener en la impunidad a los extraneos por el sólo formalismo de no tener la cualidad de autor. No obstante, el problema surge en torno a la proporcionalidad de la sanción. Nuestro Código Penal señala en el artículo 24<sup>2</sup> y 25<sup>3</sup> que, tanto el instigador como el cómplice necesario, serán sancionados con la misma pena que el autor, mientras que solo el cómplice accesorio recibirá una atenuación de la pena (nunca por debajo del mínimo). Como se desprende del contenido de nuestro Código Penal, las bondades políticas criminales que puedan generar una eventual asunción de la teoría de la

1 Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal adoptado el 11 de diciembre de 2004 por la Sala Superior de La Libertad.

2 Artículo 24 del Código Penal peruano: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor".

3 Artículo 25 del Código Penal peruano: "El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".

unidad del título de imputación, esto es, que nadie quede sin sanción, podría luego ocasionar un eventual tratamiento desproporcionado. En efecto, la pena del delito especial con la que se sanciona al autore está pensada para un sujeto que tiene un cargo o función que justamente es vulnerada por el delito; pese a ello, dicho marco de penales también es aplicado para una persona que, siendo cómplice o instigador, no tiene el deber funcional que ha vulnerado el autor. En resumen, la teoría de la unidad del título de imputación deviene en desproporcionada, toda vez que el marco penal, pese a que luego es individualizada la pena, se le aplica a un sujeto que no tiene la cualidad funcional (extraneus) que, finalmente, es el elemento que justifica dicho marco penal.

Para otro sector de la doctrina, el método empleado al momento de analizar la calidad del partícipe no cualificado o extraneus debe ser la teoría de la **ruptura del título de la imputación**. Se dice, desde esta perspectiva, que, por un lado, el autor responderá por el delito especial que comete mientras que, por otro lado, el extraneus, en tanto no tiene la calidad de funcionario público, no podrá responder ni siquiera como cómplice o instigador, sino que responderá por algún delito común que pueda haber realizado y que tipifique su comportamiento. De esto se sigue que el extraneus quedaría impune en los supuestos en los que el autor cometa un delito especial propio.

Según lo dicho, nuestra doctrina y jurisprudencia se inclina de manera prácticamente unánime por la teoría de la unidad del título de imputación. Personalmente considero que, sin perjuicio de los beneficios políticos criminales obtenidos con esta tesis, nuestro propio Código Penal contiene alguna normativa que puede llevar a salvar esta eventual desproporcionalidad a la que puede conducir la teoría de la unidad del título de imputación. Según el artículo 46.A 4 del Código

Penal el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal en el supuesto de que un funcionario público, aprovechándose de su cargo, comete un hecho punible. Pues bien, la circunstancia agravante genérica contenida en el artículo 46.A del Código Penal no debería ser aplicable a los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Todo ello por una sencilla razón, el reproche por el deber funcional, razón de ser de la circunstancia agravante genérica, forma ya parte de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. En este orden de ideas, la circunstancia agravante genérica de artículo 46 solo podrá aplicarse en los delitos en los cuales no se ha considerado la vulneración al deber funcional, esto es, los delitos comunes. Argumentar lo contrario sería ilícito, ya que significaría una vulneración al principio penal del *ne bis in ídem*. Así, la eventual aplicación del 46.A a los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos implica sancionar dos veces por un mismo hecho: la vulneración al deber funcional.

Me interesa resaltar un dato importante. La circunstancia agravante del 46.A, pese a que un sector numeroso de la jurisprudencia y la doctrina postule lo contrario, es de obligatoria aplicación. Este planteamiento parte de una idea que ya hemos visto en el párrafo anterior, esto es, que la circunstancia agravante genérica se aplica sólo a los delitos comunes. ¿Debe tener libertad el juez para aplicar esta circunstancia agravante cuando un funcionario público se aprovecha de su cargo para delinquir? Pensaría que no.

Lo anterior queda más claro si se ejemplifica. ¿Es igual una estafa cometida por un particular que la estafa cometida por un funcionario público que se aprovecha de su cargo? Parece obvio que no, en la medida en que en el segundo supuesto, a diferencia del primero, se vulnera, además del

patrimonio, un deber funcional. Ello en razón de que el sujeto activo se ha aprovechado de su cargo o función pública para cometer el delito. Si se comparte lo dicho deberá también aceptarse que el 46.A es una circunstancia agravante de obligatoria aplicación. Lo contrario significaría dejar sin sanción la vulneración del cargo funcional. De ahí que la función pública no se pueda vulnerar no únicamente a través de los delitos que establece el título de delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, sino que, en la medida de que el autor sea un funcionario público que se aproveche de su cargo para cometer el ilícito penal, también a través de delitos comunes. Sin perjuicio de todo ello, el quantum de la agravación le es facultativo al juez, es decir, el juez podrá decir hasta que punto agravara la pena dentro del marco de la circunstancia agravante genérica.

Un ejemplo: un funcionario público que cometa el delito de estafa aprovechándose de su cargo. El artículo 196<sup>5</sup> sanciona el delito común de estafa con una pena de 1 a 6 años de prisión. Sin embargo, como hemos visto, el juez deberá aplicar la circunstancia agravante del 46.A, de forma que el marco de la pena deberá ser de 1 a 8 años, esto es, un tercio por encima del máximo legal contenido en el delito de estafa. Como vemos, el marco de la pena para el delito de estafa cometido por funcionario público es de 1 a 8 años. Lo facultativo para el juez estará al momento de individualizar la pena, pudiéndole sancionar con 7 años y medio (un cuarto por encima del máximo legal), 7 años (un sexto por encima del máximo legal) o con cualquier otro quantum de la agravación que respete el marco penal establecido por el artículo 46.A. Distinto es el marco de la pena para el particular o el funcionario público que comete la estafa sin aprovecharse de su cargo, ya que no se sanciona al funcionario público per se, sino que se sanciona al funcionario que se aprovecha y vulnera el cargo.

4 Artículo 46.A del Código Penal peruano. "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 (...)

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.

5 Artículo 196 del Código Penal peruano: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardor u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años".

Por otro lado, pareciera que el artículo 46.A no hace referencia a si se debe o no aumentar el límite mínimo de la pena. Nuestra normativa, desde esta perspectiva, permitiría al juez aplicar la misma pena mínima a los funcionarios públicos que cometieron un delito común en razón de su cargo, y a los partícipes no cualificados que colaboraron en la comisión del ilícito penal. Pero este razonamiento es errado, toda vez que un supuesto como el señalado implicaría dejar desprotegida a la función pública. Y es que, si se observa con atención, el hecho de que un funcionario público se aproveche de su cargo para cometer un delito tiene que tener necesariamente un reflejo en la pena. La razón de dicho planteamiento descansa en que la vulneración del deber funcional siempre agrava el injusto, es decir, implica un desvalor de acción mayor al del sujeto no cualificado que comete el mismo hecho delictivo.

Además, la circunstancia agravante genérica contenida en el artículo 46.A del Código Penal es individual. Formulada en otras palabras, a diferencia de la unidad del título de imputación, el artículo 46.A deja en claro que la circunstancia agravante recaerá en el funcionario público que comete el delito aprovechándose de su cargo sin importar que este responda como autor o cómplice del delito. La explicación de este postulado exige ahora ejemplificar mi tesis a través de dos supuestos.

a) En el primer escenario, un funcionario público, valiéndose de su cargo, comete el delito de estafa (delito común) con la colaboración de un sujeto no cualificado. Aquí, el delito común, en relación al funcionario público, se transformaría en una especie de delito especial. Ahora bien, el cómo se aplica el artículo 46.A del Código Penal se encuentra condicionado por la cualidad del sujeto. Así, la circunstancia agravante deberá ser aplicada exclusivamente sobre el autor, y no sobre el cómplice, toda vez que solo el primero cumple con el requisito de funcionario público. En esta medida, por un lado, el marco de pena legal del autor intraneus del delito de estafa será 1 a 8 años, mientras que, por otro lado, el marco de pena del instigador extraneus será de 1 a 6 años.



Foto: University of A Coruña

b) En el segundo escenario, un funcionario público, valiéndose de su cargo, colabora en la comisión del delito de estafa de un particular. De las afirmaciones que se han ido alegando se sigue que el autor extraneus del delito de estafa tendrá un marco de pena de 1 a 6 años (propio del delito común), mientras que, al cómplice o instigador intraneus se le aplicará la circunstancia agravante genérica contenida en el Código Penal, de forma que su marco de pena será de 1 a 8 años.

En suma, el artículo 46.A del Código Penal regula, desde una interpretación teleológica, un tratamiento distinto para la autoría y participación a la solución que ofrece la teoría de la unidad del título de imputación. Esta idea encuentra su fundamento en que, por un lado, la teoría de la unidad del título de la imputación sostiene que el cómplice o el instigador no cualificado responderán por la pena legal del delito especial prevista para el autor cualificado; mientras que, por otro lado, el artículo 46.A sostiene que al cómplice o instigador particular no le será aplicable la circunstancia agravante genérica y que, por lo tanto, el marco de pena aplicable será el del delito común.

Según cómo lo veo, no hay una solución mejor que otra. Por el contrario, habría que establecer puntos de encuentro entre la solución contenida en el artículo 46.A del Código Penal, y la de la tesis de la unidad del título de imputación. Lo que no podemos aceptar es que el Código Penal peruano, en tanto marco jurídico sistemático, ofrezca respuestas distintas para pro-

blemas similares, toda vez que lo que se pretende regular es un mismo hecho: el título de autoría y participación por el cual deba responder el sujeto no cualificado cuando colabora con un sujeto cualificado en la comisión de un delito especial. Personalmente considero que, en el supuesto de los delitos especiales, como es el caso de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, el sujeto no cualificado responderá según la tesis de la unidad del título de la imputación; en cambio, en el supuesto de un delito común cometido por un funcionario público que se aprovecha de su cargo, si bien el autor intraneus responderá por el artículo 46.A del Código Penal, al cómplice no se le aplicará la circunstancia agravante genérica.

En esta línea de razonamiento, considero que, ante el problema planteado en el párrafo anterior, hay una eventual solución, esta es, la determinación judicial de la pena. Y es que existe una diferencia entre el marco de la pena y la pena concreta e individualizada. De este modo, el juez deberá tener en cuenta, al momento de individualizar la pena, que el partícipe no cualificado no puede lesionar el deber funcional, ya que le es imposible si quiera ostentar la cualidad propia del funcionario público.

En resumen: i) un delito especial conduce a la aplicación de la teoría de la unidad del título de la imputación en la cual el partícipe extraneus responde según el marco de pena del delito especial previsto para el autor intraneus, lo cual podría generar cierto cuestionamiento al principio

de proporcionalidad; ii) en los delitos comunes a los que se les aplica el artículo 46.A el partícipe extraneus responde según el marco de pena del delito común, evitando así la sanción por un deber funcional que nunca se tuvo, y que, por tanto, nunca se pudo lesionar; iii) la solución que se propone, siempre desde la teoría de la unidad del título de imputación, sería entonces: en el ámbito de la determinación judicial de la pena se debe tomar siempre en cuenta quiénes de los intervinientes en el delito tienen un deber funcional cuya vulneración implica una gravedad mayor del delito cometido por una persona que no tiene ese deber funcional. De manera que, desde la unidad del título de imputación, el autor intraneus podría responder con una pena más gravosa, mientras que, por otro lado, el cómplice extraneus debería de aplicársele una pena no mayor que la del autor, esto es, una pena proporcional

al hecho de que él no ostenta ni vulnera un deber funcional.

Con todo, hay algo aún más importante que lo dicho hasta el momento: el amplio ámbito de aplicación del artículo 46.A. Como se ha dicho en los párrafos anteriores, **la función pública como bien jurídico penal se vulnera en dos grandes momentos o ámbitos:** i) cuando se comete un delito contra la administración pública por un funcionario público; y ii) cuando se comete un delito tipificado como común, pero lo comete un funcionario público aprovechándose por su cargo. Lo anterior significa que la única diferencia entre estos dos ámbitos es la técnica legislativa que se ha seguido para sancionar la lesión a la función pública. Así, mientras que en el primer supuesto se tipifica expresamente la conducta como delito especial, ello a través de la incorporación del desvalor de acción del deber funcional

en la estructura típica; en el segundo supuesto, el legislador ha tipificado la conducta como delito común, pero ha incorporado una circunstancia agravante genérica que obliga al juez a considerar la vulneración al deber funcional en el marco de la pena aplicable, es decir, el desvalor de la función pública se ha incorporado en el desvalor de acción a través de una normativa contenida en la parte general del Código Penal. Por lo demás, estamos hablando de lo mismo, esto es, la lesión a la función pública; y, por tanto, el juez está obligado a reflejar en la pena esa vulneración al deber funcional tanto en el supuesto de los delitos especiales, como en el supuesto de los delitos comunes cometidos por funcionarios públicos en abuso de su cargo. Como lo veo, una argumentación contraria lesionaría el principio a pari, igual razón igual Derecho, que rige al Derecho Penal.

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

# CASO: Jurisprudencia vinculante sobre peculado por extensión y apropiación ilícita agravada

Por **RAFAEL CHANJAN DOCUMET**  
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

El 21 de febrero de 2012, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (la Sala) emitió Ejecutoria Suprema en el recurso de nulidad N° 3396-2010-AREQUIPA. El pronunciamiento de la Sala tuvo lugar en mérito al recurso de nulidad interpuesto por Héctor Piedra Muñoz contra la sentencia de primera instancia que lo condenó a tres años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de peculado por extensión (Art. 392° CP), en tanto se estableció que Piedra Muñoz, habiendo sido nombrado como depositario por una disposición judicial, se apropió indebidamente del ómnibus de la empresa "Expreso Sud Americano" entregado en custodia.

La presente Ejecutoria Suprema, además de resolver el caso concreto, sienta un único criterio de interpretación vinculante para todas las instancias judiciales del país. En efecto, en el punto 1° de la parte decisoria de la

resolución se dispuso que lo anotado en el cuarto considerando de la Ejecutoria constituye precedente vinculante normativo conforme lo establece el artículo 22° del T.U.O de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A continuación expondremos y analizaremos los fundamentos que motivaron el establecimiento de este precedente jurisdiccional (el énfasis es nuestro):

*"Segundo: Que, de la descripción fáctica de la acusación fiscal (...) se sostiene que el representante de la empresa grifo "Aleman" interpuso demanda de obligación de dar suma de dinero contra la empresa "Expreso Sud Americano" por la suma de S/. 5 500 nuevos soles, proceso que se tramitó ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa, procediendo dicho Juzgado a pedido de parte, a disponer el embargo sobre el ómnibus de plaza de rodaje UI-8046 de propiedad de la empresa demandada, el mismo que fue internado en el depósito oficial de vehículos el día 25 de julio de 1998. En estas circunstancias, se hizo presente el encausado Pie-*

*dra Muñoz, quien afirmó ser apoderado de la empresa "Expreso Sud americano" y logró convencer al representante de la empresa grifo "Aleman" para que celebraran una transacción judicial mediante la cual reconoció la deuda y el compromiso de cancelarla, fraccionando un calendario de pago y variando la medida cautelar, haciéndose nombrar depositario judicial de vehículo embarcado, por ante el Primer Juzgado de Paz Letrado mediante acta de entrega de fecha 24 de julio 1998, donde fue instruido debidamente sobre sus obligaciones en su condición de Órgano de Auxilio Judicial. Posteriormente, éste se mostró renuente a entregar el vehículo, pues aun cuando fue notificado y requerido con las formalidades de ley en el mes de setiembre de 2001, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, sostuvo haberlo entregado a la empresa "Expreso Sud Americano" y agregó que la transacción en la que había intervenido carecía de validez, pues jamás fue apoderado de la referida empresa, habiendo actuado en connivencia con los gerentes de ésta!"*

“Cuarto: Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico – penal de las normas en cuestión, ya que, la mención “depositario” –condición imputada al encausado- se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo 190° del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo 392° del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma mas favorable a éste, conforme lo prevé el inciso 11° de artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo 6° del Código Penal, que establece: “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales –como es el presente caso-;” por tanto, este Supremo Tribunal que si bien la imputación fáctica efectuada por el Señor Fiscal contra el encausado Héctor Piedra Muñoz, se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sine embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada–regulada en el segundo párrafo del artículo 190° del Código Penal-; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas.”

## COMENTARIO

La resolución de la problemática que presenta este caso es de suma relevancia, pues para los órganos jurisdiccionales no quedaba claro si ante este tipo de supuesto, en donde un depositario judicial se apropia o utiliza indebidamente bienes dados en custodia, se configuraba una apropiación ilícita agravada o un peculado por extensión. En efecto, resulta confuso poder llegar a establecer cual de los tipos penales debe aplicarse o si se deben aplicar los dos, en tanto la redacción de ambos delitos es semejante:



Foto: Diario 16

“Artículo 190°: El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.”

“Art. 392°: Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.”

Ahora bien, resulta criticable que la Sala Suprema haya apelado a la norma del artículo 139°.11 (ley penal más favorable) de la Constitución para resolver esta problemática, puesto que,

desde nuestro punto de vista, esta norma es aplicable sólo en los casos de “conflicto de leyes en el tiempo”<sup>3</sup>. En el presente caso, no existe un conflicto de normas en el tiempo, en tanto el tipo penal de apropiación ilícita agravada, como el tipo de peculado por extensión, entraron en vigencia simultáneamente cuando se publicó el Código Penal de 1991. Además el hecho (instantáneo) se produjo durante la vigencia simultánea de ambos tipos penales. No es que exista un conflicto de leyes temporal entre estos dos tipos penales que amerite aplicar la norma más favorable para el reo, sino que existe una dificultad para dilucidar si ambas normas regulan el mismo supuesto de hecho otorgándoles consecuencias jurídicas distintas. Desde luego, solamente podemos apreciar un conflicto de leyes en el tiempo cuando dos dispositivos normativos regulan el mismo supuesto de hecho; es decir, la determinación de que existe un mismo contenido normativo entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo es “presupuesto” de la aplicación de la norma constitucional de favorabilidad. La problemática de la apropiación ilícita y el peculado por extensión se presenta en la dilucidación de si ambos tipos penales regulan el mismo supuesto de hecho. En consecuencia, a nuestro juicio, es incorrecto el razonamiento de la Sala Suprema por dos motivos: 1) no estamos ante normas que se hayan dado en distintos momentos y que, por tanto, evidencien un conflicto de leyes

1 Página 2 y 3 de la Ejecutoria Suprema.

2 Página 5 de la Ejecutoria Suprema.

3 Aunque el artículo 139°.11 de la Constitución no hace referencia explícita a la “temporalidad” del conflicto de leyes penales, se interpreta que se refiere a este tipo de conflicto, si se concuerda esta norma con lo establecido en el artículo 6° del Código Penal, el cual si se refiere explícitamente al “conflicto de leyes penales en el tiempo”.

penales en el tiempo y 2) se omite un nivel de análisis previo imprescindible para la aplicación del principio de favorabilidad penal, cual es el examen de identidad de regulación normativa de los dos tipos penales.

Desde nuestro punto de vista, la problemática de la aplicación del tipo de apropiación ilícita agravada o del tipo de peculado por extensión para supuestos de apropiación de bienes por parte de un depositario judicial debe ser resuelta con los criterios dogmáticos del concurso aparente de delitos. Como bien sostiene el Prof. Yon Ruesta<sup>4</sup>, no es materia de invocación la norma constitucional de favorabilidad penal cuando existe un concurso aparente de delitos, toda vez que este supuesto tiene reglas propias de resolución. Como se sabe, el concurso aparente de leyes penales se resuelve a través de los criterios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad<sup>5</sup>. El principio de especialidad -como primer criterio atendible- sostiene que el precepto penal más especial desplaza al otro más general, de tal manera que todo aquel que realiza el precepto penal especial realiza necesariamente el tenor literal del general. Se señala que un precep-

to es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por el segundo, algún otro presupuesto adicional<sup>6</sup>.

Respecto al caso que nos ocupa, la doctrina penal nacional se ha inclinado en sostener que ante la apropiación de bienes en custodia por parte de un depositario judicial se debe aplicar el tipo penal de apropiación ilícita agravada del artículo 190° del Código Penal. Según Salinas Siccha<sup>7</sup>, el delito de apropiación ilícita agravada es más especial que el delito de peculado por extensión, ya que aquel hace referencia específica al depositario designado solamente por autoridad "judicial", mientras que este refiere de manera genérica al depositario designado por "autoridad competente". Del mismo modo, Fidel Rojas<sup>8</sup> señala que una de las fórmulas para resolver este problema interpretativo es apelar a la exclusión del tipo penal de peculado en virtud del "criterio de especialidad". En efecto, nosotros coincidimos con los anteriores autores en tanto el tipo penal de apropiación ilícita agravada exige que la designación como depositario judicial sea dada por una autoridad judicial, es decir, exige un elemento adicional a comparación de

lo exigido por el tipo de peculado por extensión, que hace sólo referencia genérica a una "autoridad competente" (autoridad administrativa por ejemplo).

Por tanto, estamos de acuerdo con la Sala Suprema en el resultado de la problemática abordada; sin embargo, discrepamos de ella en su justificación. Debe quedar claro que no estamos ante un conflicto de leyes penales en el tiempo, sino ante un concurso aparente de delitos que se resuelve, en el caso concreto, con el tradicional criterio interpretativo de especialidad.

Cabe indicar que en nuestro país no existe una regla como la que existe en la legislación española según la cual en casi de duda sobre la subsunción de un hecho en dos o más normas penales se aplicará el precepto penal que prevé la pena más grave (art. 8)

4 YON RUESTA, ROGER. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Gutierrez Camacho, Walter (Director). Tomo II. Gaceta Jurídica: Lima, 2005. p. 551.

5 Ver VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal Parte general*. Grijley: Lima, 2006. p. 712.

6 Ver MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor: Barcelona, 2004. p. 648. Este principio ha sido recogido por nuestra jurisprudencia penal en la Ejecutoria Suprema N° 1052-97 de fecha 31 de agosto de 1998.

7 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Grijley: Lima, 2011. p. 424 y 425.

8 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Grijley: Lima, 2007. p. 587.

# “Después de la sentencia de Fujimori, viene la agonía y muerte del sistema anticorrupción”

*Dr. Avelino Guillen Jauregui, ex Fiscal Supremo responsable de los procesos penales contra Alberto Fujimori y otros altos funcionarios por delitos de corrupción y contra los derechos humanos.\**

Por Equipo del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

**Tema: Corrupción Sistémica y rol del Ministerio Público en los casos de corrupción**

**1. Desde un análisis de las políticas anticorrupción adoptadas por el Ministerio Público ¿aprecia usted alguna diferencia en el desarrollo de la actuación del Ministerio Público en los últimos doce años? ¿Puede usted identificar etapas de actuación distintas en el periodo 2000 – 2012?**

Identifico varios niveles o ciclos de actuación de parte del Ministerio Público. A partir de la caída del régimen de Alberto Fujimori, fundamentalmente a partir del 2001, se dio un fuerte impulso a la lucha contra la corrupción, ello bajo la conducción y liderazgo de la entonces Fiscal de la Nación, la doctora Nelly Calderón Navarro. Esa es una primera etapa fácil de detectar con la creación del sistema anticorrupción en el Poder Judicial y el Ministerio Público, caracterizada por un fuerte impulso contra esta gran corrupción que se comenzaba a descubrir. Sin embargo, esta primera etapa adoleció de un efectivo análisis del fenómeno que íbamos a enfrentar. Digo esto porque no se advirtió la real magnitud y dimensión que iba a tener esta red de corrupción que se iba a ir descubriendo poco a poco. Ante ello, el Ministerio Público no supo prever y formar equipos de actuación eficaces, lo que constituyó una debilidad. En diversas oportunidades le comenté a la Fiscal de la Nación la necesidad de que existan y se fortalezcan equipos de actuación con permanencia. Sin embargo, la doctora Nelly Calderón me señalaba que esta medida no era necesaria, ya que no había motivo para privilegiar un grupo de casos por sobre otros. Asimismo, cuando cae el régimen de Fujimori, el Poder Judicial, el Ministerio Público y sus integrantes

(los jueces y fiscales) tenían una considerable de credibilidad ante la opinión pública, toda vez que se nos veía como parte de la red de corrupción. Ello permitió el surgimiento y fortalecimiento de otro organismo: las procuradurías anticorrupción [Procuraduría Ad hoc Anticorrupción casos Fujimori Montesinos]. Surgen ellos como elementos que captan la confianza ciudadana, de los periodistas y de toda la opinión pública sensible a estos temas de corrupción. Ahora, se debe tener en cuenta que alrededor del 70% de magistrados eran provisionales y, de los titulares, un fuerte sector formaba parte de la red de Vladimiro Montesinos –la propia Fiscal de la Nación de la etapa fujimorista (Blanca Nélide Colán) era la jefa de la red en el Ministerio Público. Así, nosotros no advertimos el tamaño del problema, y es por eso que se han producido, ya con el transcurso de los años, numerosas absoluciones y sentencias que no favorecen a las intenciones del Ministerio Público. Entonces yo advierto una etapa de fuerte impulso, donde se trato de hacer bien las cosas pero sin la preparación y el debido equipamiento. Esta etapa se caracterizó por el entusiasmo y la puesta en agenda de la corrupción, etapa que duró desde el 2001 al 2005, configurándose una primera etapa de respuesta de tratar de responder a la corrupción, cuando no sólo se debió responder sino también adelantarse.

Después, del 2005 al 2007, hay una cierta parálisis y decaimiento cuando sale la doctora Calderón e ingresa la doctora Adelaida Bolívar. Ella consideraba que no debería darse mucho énfasis al tema anticorrupción y comenzó a trasladar fiscales de provincia con la finalidad de que asuman casos que estaban en trámite, lo cual debilitó mucho al sistema. Ese periodo es pues una segunda etapa. A par-

tir del 2007 al 2009 se da como una especie de nuevo aliento para combatir la corrupción, sobre todo con la extradición de Fujimori. Así, del 2007 al 2009 personalmente identifiqué una nueva etapa donde se da un aliento por la instalación del juicio a Fujimori (diciembre del 2007) hasta la sentencia en el 2009, y su confirmación por la Sala Penal de la Corte Suprema en enero 2010. Ahí hay un tercer momento donde se recobran ciertos bríos y se vuelve a tratar el tema anticorrupción con cierta fuerza.

Después de la sentencia de Fujimori ya viene lo que nosotros denominamos la agonía y la muerte del sistema anticorrupción. Y es que actualmente el sistema anticorrupción está fuertemente debilitado, hasta el punto de que ahora los temas anticorrupción los va a conocer la Sala Penal Nacional. Con este nuevo cambio, el tema del combate de la corrupción pasa ya a un tercer o cuarto plano en el índice de preocupación del sistema judicial. En otras palabras, la derivación de los casos de corrupción a la Sala Penal Nacional constituye el puntillazo final a lo que fue una etapa importante y valiosa con la puesta en vigencia del sistema anticorrupción. Esas son, en mi concepción, las cuatro grandes etapas que yo identifiqué en la actuación del Ministerio Público ante los casos de corrupción.

**2. Tomando en cuenta lo dicho por usted, ¿qué opinión le merece el hecho de que algunos consideren que, dentro esta última etapa que usted llama de agonía, el otorgarle competencia a la Sala Penal Nacional en casos de corrupción sea, en cambio, un último intento de evitar la manipulación grosera de los casos de corrupción? Ello en la medida de que si la competencia no se transfiere los casos complica-**

\* Queremos agradecer profundamente al fiscal Guillen por esta entrevista y por habernos permitido evidenciar, bajo su estilo testimonial, los complejos senderos de la corrupción.



**dos de corrupción podrían recaer sobre Salas Superiores de Lima que, a diferencia de la Sala Penal Nacional, están dominadas por la Corte Superior de Lima -que tiene algunos miembros que no gozan de una percepción de transparencia o de probidad-**.

Yo tengo una lectura en el sentido de que, al momento de la creación del sistema anticorrupción, las Salas, en su mayoría, estaban integradas por magistrados de limpia trayectoria y con una vocación de servicios bastante notoria. Era evidente su independencia y autonomía en la función, esto era incuestionable. Las redes de corrupción, al percatarse de esta fortaleza del sistema de corrupción, querían debilitar primero el sistema anticorrupción, quitándole fuerzas y atribuciones a la coordinadora del sistema anticorrupción, la doctora Inés Villa. En otras palabras, el primer paso que ellos tomaron fue debilitar a este organismo, quitándole peso a este liderazgo y dirección tan comprometida con la verdad, la justicia y, sobre todo, en contra de la impunidad. Entonces, ellos propiciaron, ante la necesidad de una ampliación de salas, dos situaciones interesantes de resaltar. La primera es, como ya dijimos, quitarle fuerza a la doctora Inés Villa y surge otra figura encargada de coordinar los temas anticorrupción, debilitando a la coordinadora del sistema. Además, se independizan otras salas en La Mar, creándose una división. De esta manera, le quitaron liderazgo a la doctora Inés Villa, a tal punto que en un momento el sistema anticorrupción no tenía un coordina-

dor, produciéndose, de esta forma, un caos. La segunda estrategia fue enviar jueces de diferentes especialidades, produciéndose cambios inexplicables (aparecen jueces de familia, con muchos años de docencia universitaria de cursos de derecho de familia y menores). Todo esto sucedió en una primera etapa, esto es, cuando se comienza a socavar el sistema anticorrupción a partir del 2007 en adelante. Así, mandan jueces especialistas en otras materias, a través de traslados de provincia; jueces que terminaron presidiendo Salas. De esta manera, las Salas anticorrupción comienzan a colapsar. En lugar de fortalecer el sistema anticorrupción, de ubicar jueces comprometidos con el tema anticorrupción y de retornar a los magistrados que trabajaron en el sistema anticorrupción, lo que se hizo fue remplazarlos por jueces de otras especialidades, no comprometidos con la lucha anticorrupción. Ante ello, yo revelo mi preocupación porque, según los informes que he podido leer, el índice de sentencias absolutorias en materia de derechos humanos por la Sala Penal Nacional es muy alto, a tal punto que da la impresión de que la sentencia contra Alberto Fujimori por los casos Barrios Altos y La Cantutaha sido solamente un episodio y que no ha sido considerado como referente en el sistema.

**3. A partir de su experiencia en el Ministerio Público con los casos que involucraron redes de corrupción entre funcionarios públicos de alto nivel jerárquico, y más allá del problema que usted advierte sobre el desconocimiento de la**

**magnitud del fenómeno en un primer momento ¿qué dificultades particulares puede usted identificar al momento en el que el Ministerio Público investiga estos tipos de prácticas de corrupción?**

Lo primero que tenemos que tener en cuenta es que es verdad que en el Poder Judicial existen grandes redes de corrupción. Pero estas redes no se limitan a actuar dentro del Poder Judicial, sino que muchas veces atraviesan todo el aparato estatal. Por ello, una primera debilidad en el Ministerio Público es la carencia de equipos que puedan enfrentar debidamente y detectar estas redes de corrupción que vienen actuando con impunidad dentro del Ministerio Público. Le cito un caso: en Lima Norte existía una red que se encargaba de dar protección a determinados negocios de carácter ilegal, como por ejemplo lugares donde se ejercía la prostitución clandestina, clubs nocturnos, lugares donde se vendía medicina ilegal y de contrabando, farmacias que trabajaban con medicinas robadas, etc. Existía pues una red de fiscales que brindaban protección a estos negocios, red que no se ha podido desbaratar completamente porque no contábamos con toda la capacidad para poder enfrentar un fenómeno de esta magnitud. Por ello, lo primero que hicimos nosotros, cuando estuvimos en la Fiscalía Suprema de Control Interno, fue crear una unidad que, como un equipo de inteligencia, conociera los casos complejos. Esa unidad nos dio la distinción con las anteriores Fiscalías de Control Interno, porque nosotros logramos obtener algunos triunfos muy importantes en la lucha contra la corrupción y, en algunos casos, cuando los integrantes de algunas redes de corrupción advertían que nosotros estábamos encima de ellos, prefirieron renunciar y se retiraron del Ministerio Público. Nosotros comenzamos a desarrollar una estrategia; sin embargo, lo penoso y lamentable es que, a los pocos días que yo renuncié del Ministerio Público, esa unidad fue desactivada. Inclusive, para que no quede recuerdo de su existencia, la oficina donde operábamos fue cerrada y luego cambiada de función, exhibiendo la falta de entendimiento por parte de algunos superiores que no compren-

den determinados roles en cuanto al combate contra la corrupción. Este equipo estaba integrado por cinco fiscales, convocados por mí, que eran parte de mi equipo que trabajó en los cuatros juicios contra Alberto Fujimori, y estaban bajo la jefatura de un fiscal adjunto supremo, de muy respetable trayectoria, que es, además, un conocido fiscal Anti Drogas con grandes éxitos en la lucha contra el narcotráfico. Entonces, este era un equipo en donde la característica fundamental eran las altas capacidades académicas, la gran mayoría eran profesores universitarios que habían publicado libros sobre la materia. Además, era chicos muy jóvenes comprometidos en la lucha contra la corrupción y que necesitaban de un respaldo. Es así que yo aproveché que el reglamento de la Fiscalía Suprema de Control Interno preveía la formación de una unidad especial, que nunca se quiso poner en funcionamiento por el hecho de que no tenía local y espacio, que no había recursos y que, además, íbamos a crear sin justificación un grupo de élite que se diferencie de los demás. Pero nosotros queríamos formar un equipo de “Incorruptibles”, con quienes logramos dar fuertes golpes contra la corrupción, trabajando casos como Andahuasi (caso en Lima Norte), realizamos operativos muy buenos y se utilizaron mecanismos del Nuevo Código Procesal Penal (levantamiento del secreto telefónico por ejemplo). En resumidas cuentas, se hizo una gran labor. Eso sí, debo admitir que contamos con el apoyo de la parte administrativa, de forma que esta unidad estaba debidamente equipada. Todo eso nos permitió realizar varios operativos en provincia con bastante éxito, a tal punto que al año y medio de funcionamiento realizamos más de veinte operativos exitosos. Lo penoso, como ya dije, fue que eso no se captó de forma debida. Ello, para mí, es una dificultad, en cuanto a la visión que tiene algunas autoridades del Ministerio Público en el tema de la lucha contra la corrupción, de forma que ellos dicen: “¿por qué vamos a investigar antes que se cometa el hecho? ¿Por qué indagar? ¿Por qué perturbar el trabajo del magistrado sino ha cometido nada? ¿Por qué molestar e incomodar? ¿Por qué vamos a estar encima de ellos? Mejor espe-

ramosa que llegue la denuncia y que cualquier fiscal, de los aproximadamente 30 fiscales de Control Interno, investigue. ¿Por qué crear una unidad de elite que se va constituir en un grupo de los engrèidos?”. Entonces había una discrepancia bien marcada que debilitó y consiguió que a los fiscales de aquel equipo se les envíe a los lugares más lejanos posibles y pasaran a ser ellos los investigados; y que, finalmente, la unidad se cierre y pase a ser parte de otra fiscalía.

#### **4. Teniendo cuenta lo dicho por usted sobre la importancia de la inteligencia previa en la lucha contra redes de corrupción ¿Qué metodología o estrategia recomienda usted seguir frente a los casos de redes de corrupción? ¿Qué pasos aconseja usted tomar en cuenta al momento de elaborar una estrategia en contra de esos actos de corrupción?**

Los pasos a seguir al momento de enfrentar un caso como este son los siguientes: i) creación de una unidad especializada y debidamente equipada; ii) la recolección de información; iii) el aporte de los colaboradores, lo cual es esencial. En cuanto a este paso, nosotros logramos convencer, tras muchas conversaciones, a mucha gente que estaba en el océano de la corrupción, que se desplaza dentro de él y conoce su funcionamiento, para que nos den información importante. Estos colaboradores están en la periferia de la corrupción, es decir, habían contribuido de alguna forma en el funcionamiento de una red de corrupción. Estas personas eran para nosotros fundamentales. Por ejemplo, en una oportunidad me llegó un mensaje de un abogado enfermo de SIDA que estaba a punto de fallecer y que quería brindar todo tipo de información sobre las redes de corrupción que operaban en el distrito judicial del Callao (quienes trabajan básicamente con el tráfico de personas). Ante ello, quise entablar contacto con esa persona, pero el colaborador solo quería declarar ante mí. Lamentablemente, las dos reuniones que se programaron fracasaron. Debo decir que este era un caso de corrupción que le correspondía investigar al Poder Judicial, pero el abogado no quería nada

con el PJ y lamentablemente no se llegó a materializar ninguna colaboración. Esto fue penoso, ya que este abogado, involucrado con las redes de corrupción, iba a decir toda la verdad; iv) finalmente, tenemos el último paso, relacionado a los informantes. Con estos cuatro elementos nosotros podemos empezar a trabajar.

Todo ello es especialmente importante sobre todo frente a determinadas formas de operar de la corrupción: el gran número de jueces y fiscales que forman parte de la planilla de estudios de abogados importantes. Por ejemplo, existen redes de corrupción que trabajan con clínicas que trabajan con temas de cirugías plásticas y que tienen muchos problemas judiciales, para lo que cuentan con el apoyo de estudios de abogados que trabajan con un grupo de fiscales. Este es pues el más grave problema de corrupción, de forma que lo único que hacen los magistrados, al momento de cesar su servicio en el Ministerio Público o Poder Judicial, es formalizar su compromiso de trabajo y trabajar ahora abiertamente para los estudios jurídicos. Dejan su oficina momentánea y transitoria en el Ministerio Público y el Poder Judicial e ingresan a trabajar de lleno en el estudio jurídico que siempre los tuvo a su cargo. Los estudios jurídicos importantes tienen en su planilla, y lo ponen como gasto judicial, a jueces y auxiliares judiciales. Eso es algo que yo siempre he escuchado con el nombre de “cuádruple”, es decir, el estudio jurídico paga cuatro veces el sueldo del funcionario público a cambio de que el juez o fiscal esté disponible de los intereses de los abogados. Estos estudios jurídicos facturan sumas muy grandes y gozan de poderes políticos fuertes.

#### **5. Con relación a lo dicho por usted en relación a la importancia de los colaboradores y el hecho de que exista un pacto de silencio entre el corruptor y el corrupto que se necesita romper, ¿Cree usted que es importante la existencia de una norma premial en estos casos?**

La existencia de una norma premial sería fundamental. En principio, ellos exigen anonimato absoluto. Sin embargo, en algunos momentos, espe-

cialmente en los casos que involucran a jueces y fiscales metidos en redes de corrupción, no basta con el anonimato absoluto, toda vez que los magistrados involucrados exigen saber la identidad de quienes los denuncian, alegando que no se pueden basar en un testimonio anónimo o, como ellos lo llaman, un infundio para denunciarlos de corruptos. Creo que, ante este problema, una norma premial sería importante para respaldar las imputaciones iniciales. En el sistema, después de unos años, todos sabemos quien es quien, esto es, sabemos quien es corrupto y quien no. Frente a esto, lo que hay que hacer es cerrar el pacto de silencio. El problema es pues que, como todos somos amigos o nos conocemos (somos compañeros de promoción, de maestría o de doctorado), se crea una relación frecuente que provoca un cierto tipo de amistad que impide romper con este pacto de silencio.

**6. Tomando el hecho de que dentro del sistema de justicia se sabe quién pertenece al grupo de los magistrados honestos y quien tiene prácticas corruptas, conociéndose además algunos indicios de esto (propiedad de inmuebles en distritos, auxiliares y técnicos judiciales con signos enormes de riqueza) ¿Por qué la Contraloría de la República no solicita el levantamiento de la reserva tributaria y el secreto bancario para así fiscalizar seriamente los márgenes de enriquecimiento de los magistrados? ¿Qué impide que las instituciones de control no funcionen correctamente al recolectar las pruebas de la corrupción?**

En el caso de la Contraloría, no veo que, en estos últimos años, exista una real voluntad de combatir la corrupción. Por el contrario, advierto una fuerte debilidad. Además, la Contraloría trabaja en base a la presión pública, a la presión de un hecho noticioso que finalmente los hace reaccionar. Pero estas investigaciones se terminan realizando luego de que pasa mucho tiempo de haberse denunciado el hecho de corrupción. Por otro lado, existe carencia de estrategias y programas para combatir la corrupción por parte de la Contraloría. Si bien la Contraloría contaba

con algunos elementos y asesores que tenían experiencia en la Fiscalía y que estaban totalmente comprometidos en la lucha anticorrupción, ellos, lamentablemente, ya no están en la institución. Otro tema, ya con respecto a la declaración jurada, es que la mayoría de magistrados a los que se les atribuye formar parte de grupos de corrupción, nunca tienen las propiedades y las cuentas a su nombre. Sin embargo, están en posesión permanente de esas propiedades. La forma de detectar ello es de acuerdo al ritmo de vida que tienen dichos magistrados, nivel que no se colige con los ingresos que ellos tienen. Con ritmo de vida me refiero a los viajes permanentes a Europa, la educación de los hijos, entre muchos síntomas. Con respecto a esto último, recuerdo que Carlos Giusti comentaba: “me causa risa y no sé que hacer, ya que, a pesar que soy magistrado con años de servicios, mis hijos estudian en colegios medianos en Lima, mientras que jueces recién integrados al sistema tienen a sus hijos estudiando en Estados Unidos o en Europa, lugares a donde mis hijos nunca van a llegar”. Él comentaba algo así, y nosotros siempre hacemos mención a esta gran contradicción entre los jueces honrados y los corruptos. Como dice César Hildebrandt, hay que aprender a vivir en pobreza pero con dignidad.

**7. Teniendo en cuenta que el Nuevo Código Procesal Penal viene siendo aplicado a nivel nacional a todos los casos de corrupción ¿qué ventajas y desventajas ofrece tal cuerpo normativo en relación a la investigación de delitos de corrupción?**

El nuevo código procesal penal es una herramienta. El problema es quién y cómo. Esa es la gran duda ¿cuál es la forma correcta de utilizar esta herramienta? Creo que el nuevo código procesal penal esta dando algunos frutos en cuanto, sobre todo, al tema de la celeridad y a dos temas que, anteriormente, los fiscales omitíamos y no le dábamos la debida importancia, problema que espero que se esté subsanando: i) las estrategias procesales, en donde existía una debilidad muy notoria en cuanto a cómo debemos actuar en el proceso; y ii) el dominio de la teoría del caso, no-

sotros nos presentábamos a los procesos repitiendo las conclusiones del atestado policial y formulábamos denuncias sin una teoría asumida.

La gran ventaja que yo remarco en la aplicación del nuevo código es la celeridad y un alto nivel de exigencia en cuanto a la actividad probatoria, ello en relación a lo fundamental de la oralidad. Espero que todas estas ventajas se redondeen bien al momento de su aplicación por parte de los fiscales. Sin embargo, lo que yo no advierto hasta este momento es la aplicación de esta herramienta para casos complejos de gran corrupción. Así, las ventajas del nuevo código se están aplicando para casos aislados, con excepción de casos aislados como el del viceministro Castro. Todavía no estamos en condiciones de poder enfrentar a las grandes redes de corrupción, para lo que es importante básicamente una voluntad política. En el Perú, se lo digo a partir de mi experiencia de 32 años de haber trabajado en el sistema judicial, los magistrados son muy sensibles a las percepciones políticas. Desgraciadamente es así. Si se tiene un poder ejecutivo fuertemente comprometido con una postura anticorrupción y, además, te demanda resultados y planteamientos, tendremos un juez y fiscal independientes que van a tener la preocupación de resolver bien el caso. Si las autoridades políticas y las máximas autoridades del Poder Judicial y el Ministerio Público voltean la mirada, y prefieren no tocar el tema de la corrupción, entonces, en las instancias inferiores, se producen sentencias benignas, absoluciones y prescripciones. Ello manifiesta un desdén e indiferencia hacia esos grandes temas. Resumiendo mi concepción, son dos graves problemas íntimamente vinculados que afectan al sistema judicial: la corrupción y, sobre todo, la injerencia política.

El control político del sistema judicial es un tema que no podemos soslayar, es un fenómeno que se viene dando y, hasta ahora, significa una derrota para quienes pretendemos recuperar la independencia del sistema judicial. Basta con el silencio, que es el discurso más claro. Es como en el fútbol, en donde se puede saber si una persona juega bien o mal con tan solo

ver como se posiciona en la cancha. La injerencia política determina, y esa ayuda y conexión entre las diversas instancias que conforman las redes de corrupción tiene un gran componente de injerencia política. A mi me decían en el año 2000 en adelante: “Guillén ¿porqué te metes tanto en estos juicios de temas de corrupción? Te estas ahorcando”, y yo no me daba cuenta, además, que ningún otro fiscal quería ir a las audiencias, de forma que yo terminaba siendo el único. Ya después, me di cuenta de yo era el único y que, lo que es peor, no se habían formado equipos que pudiesen reemplazar esta labor. Yo tenía un mini equipo. Sin embargo, también tenía una debilidad, común en los fiscales, que tuve que superar con el tiempo, y es que yo me había acostumbrado a trabajar solo, es decir, con mis auxiliares pero sin equipo de fiscales. Esa es una gran debilidad que se suma al hecho de que en el sistema anticorrupción se trabaje en base a compartimientos estancos. De esta manera, la información que tiene un magistrado no la comparte, a pesar de que se manden oficios. En cambio, las redes de corrupción, por ejemplo, al minuto de que sale una sentencia del TC favorable a su interés la están compartiendo. Las mandan por correo aún sin conocerte. Finalmente, existe un problema en los plazos, ya que los casos complejos no se pueden investigar en plazos muy perentorios. La carencia de equipos especializados, por ejemplo de peritos, en las fiscalías también es un problema. Hay una sola oficina de peritos que abastece a todo el Ministerio Público, de forma que son cuatro o cinco peritos que tienen una larga cola de trabajo a nivel nacional, lo que constituye un grave problema.

**8. ¿Cómo evalúa usted el desarrollo de la actual Procuraduría Anti-corrupción? ¿Cree usted que sería racional y justificado la existencia de una Procuraduría Especializada en Alta Corrupción (dedicada a los casos que involucren funcionarios públicos de alto nivel jerárquico)?**

La actual Procuraduría Anti Corrupción tiene una actuación bastante aceptable. Dentro de su ámbito de responsabilidades, están tratando de cumplir con su tarea central, que es el pago de la reparación civil, la re-

cuperación de fondos, y, sobre todo, expresar una voz dentro de la sociedad. Lamentablemente no tiene, como antes lo tuvo, un espacio de actuación. Lo que nosotros conocemos en la sociedad son espacios de actuación, es decir, como tu palabra y voz tiene el suficiente peso, generando determinadas consecuencias. Esta debilidad genera que muchas veces la labor de la procuraduría signifique un comentario de un caso ya resuelto y que, en la gran mayoría, es una resolución desfavorable a la posición del estado. Esta situación determina que, en lo que yo llamo Estado de Corrupción, la necesidad impostergable de un organismo que pueda superar las debilidades y falencias de instituciones como el Ministerio Público, de forma que puedan investigar de manera rápida y concreta no hechos del pasado, sino hechos del presente. Tenemos que dejarle de dar toda la importancia a la corrupción fujimorista, ya que la gran mayoría ya esta en ejecución de sentencias, y empezar a trabajar en lo que fue la gran corrupción en la época del gobierno del Sr. García y los hechos de corrupción de este gobierno, sobre todo en torno a los grandes conflictos de intereses que se advierte a partir de las denuncias que periódicamente nos vienen difundiendo los medios de comunicación. El Estado de Corrupción esta generando un clima de impunidad para los grandes casos de corrupción, hecho incontratable que, lamentablemente, no podemos obviar.

**9. Finalmente, ¿qué importancia debió tener el hecho que se haya condenado a un ex presidente de la República por un delito de corrupción? ¿Qué impacto tuvo en la realidad del sistema de justicia?**

Lamentablemente no se le ha dado la importancia y repercusión que debió tener un caso de corrupción directa por parte de un presidente de la República. En una última conferencia, me señalado que estamos frente al más grande caso de corrupción en la historia del país, porque un presidente, Alberto Fujimori, desarrolla una actividad directa y material para ejecutar un hecho delictivo. En otras palabras, Fujimori no se limita a dar órdenes porque es el mismo quien saca las firmas de este decreto de urgencia

con contenido falso donde esta el denominado Plan Soberanía (Caso “15 millones CTS Montesinos”). Según propias declaraciones del secretario de la Presidencia, persona de absoluta confianza de Fujimori, el expresidente él dice: “usted no va recolectar las firmas, yo las voy a sacar”. Así el no sólo toma la iniciativa, sino que ejecuta directamente el hecho con la participación de varios ministros. Más aún, el señor Fujimori se declara culpable. La aceptación de los cargos pone en evidencia su derrota y, además, el caudal probatorio con el que contaba el Ministerio Público. Esto último significo una estrategia política, pues que se estaba a puertas de una campaña electoral, que quería impedir que se conozca el origen de los otros quince millones de dólares que en noviembre del 2000 Fujimori entregó al general Bergamino.

Entonces, pese a que este caso es extremadamente grave, no ha tenido la repercusión que debió. Cuando hablo con militantes fujimoristas y les comento ese gran hecho de corrupción, ellos siempre admiten que Fujimori robó, pero me dicen, a la vez, que la función pública es intrínseca con la corrupción. Así, al final todos los políticos roban, y si todos roban, hay que elegir entre todos los ratos al que por lo menos haga algo. Este es Fujimori, quien a juicios de muchos, trabajo bien, con mano dura y sin quedarse en palabrería de nosotros los abogados. Y, si ustedes se dan cuenta, los presidentes que han sucedido a Fujimori tratan de parecerse a él, no sólo en los gestos sino también en la vestimenta. Ello es un mensaje claro, en el Perú todavía no se da un clima de rechazo colectivo a los casos de corrupción.

Concluyo con una anécdota que me comento un juez superior en una conversación de dos jueces que iban a resolver la libertad de un procesado por corrupción. En esta conversación, el juez ponente decía: “al final de cuentas, ¿Quién va reclamar? ¿Quién va a reaccionar? Nadie, cuatro o cinco muchachos gritando en la calle y al día siguiente no sale nadie. Entonces ¿Por qué te preocupas?”. Firmo. Ese el problema, nuestra falta de rechazo e indignación, es la impunidad absoluta.

## **IDEHPUCP participará en foros sobre temas de corrupción**

El Grupo de Trabajo contra la Corrupción organizará el viernes 10 de agosto a las 5:00 pm, en el Auditorio de la U. Ruiz de Montoya, un foro sobre los resultados de la megacomisión investigadora del gobierno de Alan García. Como parte de la sociedad civil de dicho grupo, el IDEHPUCP se hará presente a través de la participación del Dr. Yvan Montoya Vivanco, Coordinador del Proyecto Anticorrupción. El foro contará también con la asistencia de Sergio Tejada (Presidente de la Comisión Investigadora), Giancarlo Castiglione (GTCC), Carlos Rivera Paz (IDL), Ana Elena Townsend (CIGO) y Miguel Cortavirta (IED). Asimismo, el doctor Yvan Montoya Vivanco será parte del foro "Los Delitos contra la Administración Pública y su impostergable adaptación a las convenciones internacionales anticorrupción", organizado por el despacho del congresista Sergio Tejada Galindo. Dicho foro, que está programado para el 24 de agosto a las 10:00 am, contará con la presencia de los doctores Roberto Pereira Chumbe (IPYS), Ivan Meini Méndez (PUCP), Julio Arbizu Gonzales (Procuraduría Anticorrupción), Fernando Castañeda Portocarrero (Defensoría del Pueblo) y Susana Silva Hasembank (Comisión Alto Nivel Anticorrupción).

## **La megacomisión acusará a Alan García y a cuatro de sus exministros**

(El Comercio. 6/07/2012)

Son diez los funcionarios del gobierno aprista denunciados por irregularidades en colegios emblemáticos, según plantea el informe final. El informe de la megacomisión plantea la denuncia a 10 funcionarios de alto nivel del último gobierno aprista por las irregularidades descubiertas en los colegios emblemáticos. La lista de los acusados está encabezada por el ex presidente Alan García, seguido por el ex primer ministro Yehude Simon, el ex ministro de Educación José Antonio Changa y el ex ministro de Energía y Minas, Pedro Sánchez. Ellos firmaron el Decreto de Urgencia 004-2009.

## **Denuncian a fiscales de To-cache**

(Perú 21. 25/07/2012)

La alcaldesa Corina de la Cruz pidió la destitución de los magistrados César Eugenio Hurtado, Yeny Jaico Morales, Gilder Zapana Mayta y Félix Pomochari Carranza, por presuntos actos de corrupción. "Hay denuncias que refieren que ellos dejan libres a delincuentes y piden coimas", dijo la burgomaestre.

## **La corrupción es el mal que campea en municipalidades provinciales del Altiplano**

(La República. 30/07/2012)

El miércoles 25 de julio hubo un remezón dentro de la Municipalidad Provincial de Huancané: el juez de Investigación Preparatoria declaró fundado el pedido de prisión preventiva de nueve meses en contra del burgomaestre, Hernán Ulises Bizarro Chipana. La autoridad edil era sindicada como responsable de irregularidades en el manejo de donativos de Aduanas, para los afectados por inundaciones. El fiscal del caso, Reynaldo Pandia Mendoza, sustentó el pedido de prisión preventiva en contra del burgomaestre por delito de peculado doloso. El PJ le dio la razón y el alcalde pasó a la clandestinidad, buscado para su internamiento en un penal.

Desafortunadamente no es el único caso, pues autoridades ediles también afrontan procesos penales por peculado y otros. "El caso de Huancané debe servir como un ejemplo para que otros fiscales y jueces también actúen de forma transparente y drástica en contra de la corrupción que campea en municipios provinciales y distritales", refirió el consejero de Huancané, Juan José Álvarez. "Felizmente este caso ha tocado a un fiscal joven que hay que felicitarlo públicamente. Con otros fiscales y jueces no hubiera pasado lo mismo".

De los 13 alcaldes provinciales de la región de Puno, al menos otros cinco están involucrados en manejos irregulares. Según el procurador Anticorrupción, Samuel Larico, otros

casos relevantes involucran a los burgomaestres de San Román, Azángaro y San Antonio de Putina. En la primera comuna mencionada, el procurador de la Contraloría General de la República interpuso una denuncia penal recientemente en contra de los funcionarios ediles, dirigidos por el alcalde David Maximiliano Mamani Paricahua. Ellos son investigados por anomalías en la compra de cámaras de videovigilancia, camionetas y motocicletas.

De otro lado, el alcalde de la provincia de Azángaro, Efraín Murillo Quispe y sus funcionarios, fueron denunciados penalmente. Al momento son investigados por presuntas irregularidades en la licitación pública para el enmallado del cerco perimétrico de un parque. Al respecto, el dirigente de la Central de Barrios de esa provincia, Luis Juárez, refirió que existen pruebas contundentes, por ello el Ministerio Público solicitó 15 años de prisión. Según el procurador Anticorrupción, el alcalde provincial de San Antonio de Putina, Agustín Uriel Lama Quispe, también habría cometido irregularidades en una licitación. "Sabemos que hubo una denuncia pública respecto a la compra de computadoras, supuestamente de forma irregular. Recién vamos a constituirnos para ver si ya existe denuncia en la Fiscalía sobre este caso", refiere Larico.

El procurador recordó que el alcalde de la provincia de Yunguyo, Walker Chalco Rondón, apeló una sentencia condenatoria por diversos delitos, originada cuando era funcionario municipal en la comuna provincial de Lampa. "Existe una sentencia en la Sala Penal de San Román, que fue apelada a la Corte Suprema en Lima, que ya debe pronunciarse. De confirmarse la sentencia, sería causal de vacancia", advirtió.

Además, Samuel Larico señaló que el alcalde de Puno, Luis Butrón Castillo, también está en la mira, pues habrían documentos que probarían un incremento irregular de sueldos. Ello podría también costarle la vacancia del cargo.

## IDEHPUCP realizará capacitación en delitos contra la administración pública en Piura

Continuando con sus actividades de capacitación, el Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP realizará, en el Distrito Judicial de Piura, un taller de capacitación en delitos contra la administración pública los días 21 y 22 de septiembre. El taller está dirigido a jueces, fiscales y funcionarios públicos y se llevará a cabo en el hotel El Angolo de Piura. A continuación presentaremos el programa detallado:

### Viernes 21 de Septiembre

5:00 Recepción de participantes

5:15 Presentación del taller: Yvan Montoya, coordinador del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

5:30 Aspectos problemáticos de la Parte General en los delitos contra la administración pública  
Dr. Iván Meini Méndez  
Doctor en Derecho – Universidad de Cádiz (España)

6:15 Intervención y comentario de los asistentes.

6:30 Pausa/café

6:45 Medios de prueba y delitos contra la administración pública. Problemas específicos de la aplicación del NCPP en materia de delitos contra la administración pública  
Dr. Luis Vargas Valdivia  
Ex procurador público anticorrupción

7:45 Intervención y comentario de los asistentes

8:00 Obligaciones internacionales en materia de prevención y sanción de la corrupción: alcances y aplicación en



Foto: IDEHPUCP

el derecho interno.  
Dr. Renata Bregaglio  
Máster en Derechos Fundamentales  
– Universidad Carlos III de Madrid

8:45 Intervención y comentario de los asistentes

9:00 Fin de la sesión

### Sábado 22 de septiembre

8:45 Análisis crítico de los principales tipos penales que protegen el ejercicio regular de la función pública (primera parte)  
Dr. Yvan Montoya Vivanco  
Doctor en Derecho – Universidad de Salamanca (España)

9:30 Intervención y comentario de asistentes

9:45 Pausa / Café

10:00 Análisis crítico de los principales tipos penales que protegen el ejercicio regular de la función pública (segunda parte).  
Dr. Erick GuimarayMori

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

11:00 Intervención y comentario de asistentes

11:15 Breves alcances sobre la reparación civil derivada del daño generado por los delitos contra la administración pública.

Erick GuimarayMori  
Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

12:00 Intervención y comentario de asistentes

12:15 Pausa / Café

12:25 Herramientas contables para valorar informes especiales relacionados con la investigación y prueba de delitos contra la administración pública.  
Experto en Contaduría (por confirmar)

1:15 Intervención y comentario de los asistentes.

1:30 Fin del Taller