



PRESENTACIÓN

A propósito del debate en el Congreso:

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción

El Perú, luego de graves eventos de corrupción sistemática en el pasado reciente (1990-2000) y de la persistencia actual de graves actos de corrupción gubernamental (2001 - 2011), viene discutiendo la incorporación o mejoramiento de algunas medidas de prevención y erradicación de tales prácticas ilícitas. El debate se ha centralizado en la legitimidad, conveniencia y utilidad de incorporar en la legislación penal una regla sobre la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la administración pública, esto es, una norma que impida que el paso del tiempo haga decaer la potestad del Estado de perseguir los delitos de corrupción de funcionarios. Efectivamente, la Comisión de Constitución del Congreso de la República ha aprobado una propuesta de reforma del artículo 41 de la Constitución Política por medio de la cual se dispone la imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública :

“Artículo 41°. (...)

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como los plazos de

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

- La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción..... 1

COMENTARIOS ACADÉMICOS

- Notas a propósito de la resolución judicial que decide investigar al exalcalde de Lima..... 3
- La prueba prohibida en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú... 4-7

JURISPRUDENCIA RELEVANTE

- Confirman sentencia contra expresidente Alberto Fujimori por delito de peculado..... 7-10

- NOTICIAS DESTACADAS..... 10

inhabilitación para el ejercicio de la función pública.

Los delitos contra el patrimonio del Estado así como los delitos de corrupción de funcionarios señalados por ley son imprescriptibles”.

Como se sabe, la prescripción de la acción penal es una institución jurídica reconocida por la mayoría de países de nuestro entorno cultural (Alemania, Italia, España, Colombia, Chile, etc.). De acuerdo con esta institución jurídica, el Estado autolimita su potestad de persecución penal de los delitos, estableciendo que tal potestad solo es válida durante un plazo determinado. En otras palabras, vencido el referido plazo el Estado ya no está autorizado para investigar, juzgar o sancionar penalmente un hecho delictivo. En el Perú estos plazos se encuentran determinados en función del máximo

de la pena prevista por el legislador para cada delito (plazo ordinario de prescripción) y, en todo caso, por la mitad adicional al plazo ordinario anterior en caso se hayan iniciado acciones de investigación o juzgamiento por los órganos competentes (plazo extraordinario de prescripción). En consecuencia, si un delito como el delito de soborno (cohecho pasivo propio art. 393 CP) o el delito de tráfico de influencias (art. 400 CP) tienen previsto 8 años de pena privativa de la libertad como pena máxima, ese tiempo es el plazo ordinario que tiene el Estado para perseguir este tipo de delitos y 12 años es el plazo extraordinario máximo. Como puede evidenciarse se trata de plazos relativamente cortos, teniendo en cuenta la naturaleza oculta de estos delitos.

La razón o razones que fundamentan este límite temporal a la potestad punitiva del Estado son

fundamentalmente de tres tipos². En primer lugar, el derecho fundamental a seguir un proceso dentro de un plazo razonable³, en segundo lugar la garantía de seguridad jurídica⁴ y, finalmente, los fundamentos político - criminales vinculados a la falta de necesidad de pena por decaimiento de eficacia preventiva de la misma (olvido del delito).

¿Qué razones se esgrimen para apartarnos de esta regla tan importante en un Estado de Derecho? De acuerdo con la opinión pública especializada dos parecen ser los fundamentos más importantes. Por un lado, la importancia en la lucha contra la corrupción, importancia que se evidencia en el reconocimiento constitucional del interés del estado en la prevención y control de la corrupción y, por otro lado, el interés constitucional en la eficacia de las resoluciones judiciales, esto es, en evitar situaciones de impunidad relacionadas con este tipo de casos tan relevantes para la opinión pública⁵. De hecho también hemos encontrado argumentos que invocan el efecto político - simbólico de esta medida.

Planteados así los fundamentos de ambas perspectivas, no parece en principio que alguno de ellos tenga preponderancia sobre el otro.

De cualquier manera, una mirada en el derecho de otros países nos muestra que la regla de la prescripción no es absoluta. Se plantean diversas excepciones. Una primera excepción, ampliamente aceptada en la comunidad internacional, lo constituye la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad o de los delitos comunes que impliquen graves violaciones de los derechos humanos. En segundo lugar, se aprecia en varias legislaciones de países de nuestro entorno cultural la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad a otro tipo de delitos, diferentes a los anteriormente señalados. A

manera de ejemplo y siguiendo a Burgoa⁶ pueden citarse Alemania, que prevé la imprescriptibilidad de la acción penal para los casos de Homicidio agravado; Austria, que prevé la imprescriptibilidad de los delitos que estén sancionados con cadena perpetua o penas privativas de la libertad mayores a 20 años; Brasil, que contempla una amplia gama de delitos imprescriptibles; y Ecuador Venezuela y Bolivia que han incorporado la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios o contra el patrimonio del Estado y el Tráfico Ilícito de Drogas. Esta experiencia comparada nos permite señalar que no constituye un dogma inmodificable la regla de la prescripción y que determinadas excepciones, relacionadas a la gravedad del delito cometido, pueden ser incorporadas.

Sin embargo, desde la perspectiva del principio constitucional de proporcionalidad que inspira todo el Derecho punitivo, consideramos que la medida de la imprescriptibilidad resultaría innecesaria en la medida que existen otros mecanismos menos invasivos a la seguridad jurídica que permiten, a su vez, evitar la impunidad de tan graves hechos como los delitos de corrupción de funcionarios. Nos referimos fundamentalmente a dos tipos de medidas. Por un lado modificar el momento del cómputo del plazo de prescripción (por ejemplo el momento en que el hecho delictivo es conocido y no el momento de su comisión) y, por otro lado, agregar un supuesto de suspensión del plazo de prescripción (por ejemplo cuando el funcionario procesado se mantiene aún en el cargo o es declarado ausente por el órgano judicial).

En todo caso, si tuviera que aceptarse la incorporación de una regla tan invasiva como la imprescriptibilidad, esta sólo podría ser legitimada en la medida que las condiciones de su aplicación se aproximen a

las condiciones que motivaron la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Estas son a nuestro juicio tres: gravedad del hecho, los mecanismos de impunidad que la caracterizan y la necesidad preventiva en la imposición de la pena (no olvido). Estas condiciones se cumplirían en los casos de corrupción que, en primer lugar, afecten o amenacen el patrimonio administrado por el Estado. Ello por el impacto que tal afectación puede tener con relación a la obligación del Estado de prestar servicios públicos que satisfacen derechos fundamentales de la población más vulnerable. En segundo lugar, respecto de los mecanismos de impunidad en estos delitos, debe señalarse que tal situación puede evidenciarse sobre todo en aquellos casos que involucran a altos funcionarios del Estado, como por ejemplo aquellos que señala el artículo 99 de la Constitución u otros funcionarios de confianza con relevante poder de decisión. Se trata de funcionarios con enorme influencia en el poder político y privado y por lo tanto con capacidad para obstaculizar la potestad persecutoria del Estado. Finalmente, podría afirmarse que la gravedad de los actos de corrupción así descritos pueden justificar la necesidad preventiva de la pena a pesar del tiempo transcurrido, más aún cuando la memoria colectiva de estos hechos puede verse facilitada por el nuevo rol que cumplen actualmente las organizaciones de la sociedad civil vinculadas a este tema (ONGs, medios de comunicación, gremios empresariales, etc.).

En resumen, si tuviera que aceptarse la introducción de la regla de imprescriptibilidad de estos delitos, cuestión que consideramos innecesaria, tal medida debería limitarse sólo a determinados delitos que involucren la afectación del patrimonio del Estado y respecto de altos funcionarios del Estado con poder de decisión.

2 GONZALES TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 46 y ss, clasifica en tres los tipos de fundamentos de la prescripción: los fundamentos procesales, la garantía de la seguridad jurídica y los fundamentos político criminales. Describe también la misma variedad de fundamentos BURGOA, Elena. "Hacia una nueva regulación de la prescripción en los delitos contra la administración pública. Un debate de actualidad", en: *Delitos contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 285, resalta estos dos fundamentos.

3 De acuerdo con GONZALES TAPIA, María Isabel, op. Cit., p. la dificultad de pruebas que supone el excesivo paso del tiempo determina un peligro al principio de presunción de inocencia.

4 Según GONZALES TAPIA, María Isabel. Op. Cit., p. la seguridad jurídica implica que los ciudadanos en un estado democrático de derecho conozcan con claridad las condiciones que habilitan la potestad punitiva del Estado y aquellas condiciones que la limitan.

5 Según la Procuraduría ad hoc anticorrupción sólo en Lima 145 acusados se acogieron al beneficio de la prescripción de la acción penal y sus casos fueron archivados

6 BURGOA, Elena. Op. Cit., p.

Caso Comunicore:

Notas a propósito de la resolución judicial que decide investigar al exalcalde de Lima

El 14 de septiembre de 2011 la Sexta Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Lima emitió resolución sobre el expediente N° 34432-2010-1, revocando por mayoría la resolución de fecha 14 de enero de 2011 emitida por el Décimo Juzgado Especializado en lo Penal, la cual resolvió no ha lugar a la apertura de instrucción contra Luis Castañeda Lossio por los delitos contra la administración pública, colusión desleal y malversación de fondos. En otras palabras, la Sexta Sala reformó la resolución del juez y ordenó que el juez de la causa inicie investigación judicial contra el Sr. Castañeda por los delitos mencionados, tal como lo solicitaba la Primera Fiscalía Provincial Penal Especializada en su dictamen fiscal de fecha 09 de diciembre de 2010.



Resolución revoca el mandato del Décimo Juzgado Especializado en lo Penal que señalaba que no procedía la apertura de investigación por delitos contra la administración pública, colusión desleal y malversación de fondos.

(Foto: ElComercio.pe)

Los argumentos de la Sexta Sala Penal versan sobre una serie de indicios que vinculan al ex alcalde de Lima Castañeda Lossio con una serie de irregularidades que se produjeron no sólo en la determinación de la deuda existente entre la Municipalidad de Lima y Relima (que finalmente cobrara COMUNICORE), sino también en el pago efectivo de la misma y en la renovación del contrato con Relima, indicios que el Ministerio Público también advirtió en su momento. A decir de la judicatura superior:

“(…) del caso de autos, trascienden una serie de referencias fácticas que exigen confrontar el sustrato fáctico relativo al denunciado Oscar Castañeda Lossio con el esquema dogmático de plurintervención a título de co-autoría (…) las formas de comportamiento también a nivel de co-autoría pueden ser por comisión o por omisión.

De los hechos indiciariamente establecidos, ciertamente, destacarían posibles omisiones del denunciado pasibles de connotarse como infracciones de deberes que tienen conexión causal con la concertación defraudatoria, pues habría tenido la posibilidad de haber evitado la misma observando con diligencia sus deberes de supervisión, dado su posición de garante frente a los recursos públicos involucrados en su gestión (...).”

Por tanto, es la postura dogmática de la comisión por omisión la tesis de la que se sirve la Sexta Sala Penal para ordenar la apertura de instrucción contra el Sr. Castañeda. Y esto, en concordancia con el Proyecto Anticorrupción, que viene ejecutando el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), que en mayo

del presente año publicó su Boletín N° 2¹ y expuso, a propósito del caso COMUNICORE, algunos alcances teóricos basados en la figura penal de autoría conocida como comisión por omisión. En efecto, consideramos que la tesis más adecuada a efectos de evaluar la responsabilidad de un directivo u autoridad por hechos realizados por sus subordinados es la teoría de la comisión por omisión, basado en la no evitación del delito por parte del garante que en este caso sería la autoridad. Este si bien puede delegar sus competencias y responsabilidades, mantiene dentro de su esfera de competencias deberes de control y vigilancia sobre sus subordinados.

Conoce más sobre el Proyecto Anticorrupción que ejecuta el IDEHPUCP
 >>>>>CLIC AQUÍ<<<<<

¹ http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/mayo_2011_n02.pdf

La prueba prohibida en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú

La Corte Suprema de Justicia (la Corte) ha emitido diversos pronunciamientos en torno a la problemática teórica de la prueba prohibida o ilícita. En este sentido, el presente trabajo expondrá algunos de estos pronunciamientos en función a una sistematización que abarque los siguientes puntos: el concepto de prueba prohibida, la diferencia entre prueba prohibida y prueba irregular, las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida, y las excepciones a dichas consecuencias. Es de notar que, resulta especialmente trascendente el abordaje de este tema en los procesos penales e investigaciones contra funcionarios públicos por la presunta comisión de delitos contra la administración pública (actos de corrupción), en tanto es frecuente el conocimiento público de estos actos ilícitos en virtud de grabaciones de comunicaciones telefónicas subrepticamente interceptadas o videos obtenidos mediante la instalación de cámaras ocultas.

I. Definición de prueba prohibida

La Corte en su Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009 estableció como definición de prueba prohibida o ilícita lo siguiente:

“La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales...”¹

Esta definición es la misma que utilizó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-HC/TC² de 15 de setiembre de 2003, de tal manera que se reconoce a la prueba prohibida como un tipo de prueba en caso opere alguna de las excepciones



a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida. No obstante, cabe hacer referencia a lo señalado, posteriormente, por el mismo Tribunal en su sentencia recaída en el expediente N° 655-2010-PHC/TC de 27 de octubre de 2010, en la cual reconoció a la prueba prohibida como auténtico derecho fundamental:

“...No obstante ello, en consideración de este tribunal, la prueba prohibida es un derecho fundamental [léase como derecho a la no utilización o valoración de la prueba prohibida] que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución...”³

Asimismo, nótese que la definición esgrimida por la Corte Suprema hace referencia a la prueba que es “obtenida” o “actuada” en contravención de derechos fundamentales, es decir, pueden existir dos momentos en los cuales una prueba se erige como ilícita o prohibida.

En contraste, el Tribunal Constitucional, en su pronunciamiento recaído en el Exp. N° 655-2010-PHC/TC, sostuvo que la prueba prohibida es aquella que sólo se “obtiene” con vulneración de derechos fundamentales:

“...una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental...”⁴

Del mismo modo, los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004, señalaron que la prueba prohibida sólo puede ser aquella que es ilícita en su obtención:

“...Lo importante es que reparamos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba.”⁵

En dicho Pleno Jurisdiccional, asimismo, se llegó a la conclusión de que se debe diferenciar entre obtención ilícita de la prueba (fuente de prueba) y la incorporación ilícita de la misma (medio de prueba). Como se expondrá más adelante, la primera da lugar a una prueba prohibida y la segunda a una prueba irregular.⁶

Por último, adviértase que la definición de prueba prohibida esbozada por la Corte sólo hace referencia a la lesión de derechos fundamentales

1 En: “http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/recurso_nulidad_congresistas_05-02-2008.pdf”. Pág. 20. Visitado el 04 de agosto de 2011.

2 Ver en CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista Editores: Lima, 2009. Fundamento 3.

3 Fundamento 7 de la sentencia. En: “http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_tc_expeidnete_n0655-2010-hctc_27-10-2010.pdf” Visitado el 04 de agosto de 2011.

4 Fundamento 15 de la sentencia. *Ibidem*.

5 Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004. Fundamento 4°.

6 *Ibidem*. Acuerdo 8°.

de manera general, definición que difiere del concepto de prueba prohibida establecido en el artículo VIII del Código Procesal Penal de 2004, el cual indica que la obtención de la prueba prohibida debe vulnerar el “contenido esencial” del derecho fundamental.

II. Prueba prohibida y prueba irregular

Pronunciamientos de la Corte, también, han abordado la diferenciación entre la prueba irregular y la prueba prohibida o ilícita. En efecto, como se expuso anteriormente, la prueba prohibida es aquella que es obtenida –o actuada– con vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales; sin embargo, pueden existir pruebas que no necesariamente vulneraron normas de rango constitucional en su obtención, sino solamente normas de rango infraconstitucional. A estas pruebas la Corte hace referencia como “prueba irregular” en su Ejecutoria Suprema recaída en los asuntos varios N° 342-2001-LIMA de 17 de setiembre de 2004:

“...quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; resultando de ello que si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos, por tanto se admite la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales...”⁷

Del mismo modo, se puede percibir la distinción de estos dos conceptos en la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 9-2006 de 14 de mayo de 2007:

“...Que, el cuestionamiento de la constitucionalidad de una prueba incide en su valorabilidad y es de mérito, por lo que la vía para hacerla valer no es la tacha, destinada específicamente a cuestionar la falsedad o nulidad de un documento por carecer de una formalidad esencial, sino su inutilización o exclusión por razones constitucionales al ser constitutiva de una prueba prohibida...”⁸

Aquí observamos que se sostiene que la prueba irregular es aquella que se cuestiona por vicios en una formalidad esencial, es decir, violación de una norma legal, mientras que la prueba prohibida es aquella que se excluye por vulneración de una norma constitucional.

III. Consecuencias jurídicas de la prueba prohibida

En principio, como sostiene el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004, para la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales debe aplicarse la “regla de la exclusión”, es decir, no se debe valorar la prueba; mientras que para la prueba que deriva de ella, se debe aplicar “la doctrina de los frutos del árbol prohibido o envenenado”, la cual excluye, también, a las pruebas que tienen un nexo causal con la prueba ilícita originaria.⁹

Ahora, en la doctrina se ha generado un debate en torno a la naturaleza de las consecuencias jurídicas que generaría la prueba prohibida. Se discute si ésta convierte a la prueba en ineficaz, nula, inutilizable, inapreciable, inefectiva, etc.

Habría, primero, que exponer lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto a la distinción entre efectos procesales y constitucionales de la

prueba prohibida:

“16. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal...”

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

17. En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que ‘el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato’ tiene ‘como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas’.¹⁰

Así, respecto a los efectos procesales de la prueba prohibida, la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema recaída en los asuntos varios N° 342-2001-LIMA de 17 de setiembre de 2004, antes citada, sostuvo que la consecuencia jurídica de ésta era la inadmisibilidad e ineficacia de la misma:

“...quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales...”¹¹

La misma resolución, señala, más adelante –aparentemente desde una perspectiva constitucional– que la prueba prohibida genera la

⁷ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Op. Cit. Pág. 211-225.

⁸ ASECIO MELLADO, José María y UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. Prueba ilícita y lucha anticorrupción. Grijley: Lima, 2008. Pág. 184-186.

⁹ Véase el fundamento 3° del Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004. Sobre los necesarios efectos reflejos o indirectos de las pruebas ilícitas por la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado ver MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Bosch: Barcelona, 1999. Pág. 107.

¹⁰ Fundamentos 16 y 17 de la sentencia. En: “http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_tc_expeidnete_n0655-2010-hctc_27-10-2010.pdf”

¹¹ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. loc. cit.

imposibilidad de valoración de la prueba:

“...que la vulneración de un derecho fundamental en la aportación del material probatorio al proceso o en la práctica de la prueba impide la valoración de la prueba resultante...”¹²

De otro lado, la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009 sostuvo que la prueba prohibida genera que la misma no produzca efecto jurídico alguno ni que pueda ser utilizada procesalmente:

“...de modo que la misma (la prueba prohibida) deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable...”¹³

Por último, sobre este punto habría que mencionar a la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 9-2006 de 14 de mayo de 2007, la cual determinó que la ilegitimidad constitucional de la prueba genera su “exclusión”:

“...por lo que es evidente la lesión de éste último derecho fundamental, lo que determina la exclusión de la prueba por su evidente ilegitimidad...”¹⁴

IV. Excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida

En la doctrina se han reconocido diversas excepciones a la regla de la exclusión probatoria¹⁵, dentro de las cuales se pueden señalar las

siguientes: la fuente independiente, el descubrimiento inevitable¹⁶ la buena fe¹⁷, el principio de proporcionalidad o de ponderación de intereses, el nexo causal atenuado¹⁸ la infracción constitucional beneficiosa para el imputado¹⁹, la destrucción de la mentira del imputado²⁰, la teoría del riesgo y la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena.²¹ Esto, también, es evidente en nuestra jurisprudencia suprema, lo que relativiza la regla de la exclusión anteriormente examinada. En tanto, el presente trabajo no constituye un artículo jurídico doctrinario sobre la prueba prohibida, a continuación, se analizarán sólo aquellas principales excepciones que han sido acogidas por un sector de la jurisprudencia nacional. Es importante resaltar que las dos ejecutorias que se citan corresponden a procesos por delitos contra la administración pública.

Luego, respecto a la excepción de la fuente independiente, que permite la valoración de aquella evidencia que no tiene su origen en la vulneración inicial de derechos fundamentales, sino que es producto de un curso causal independiente²² nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-PHC/TC, señaló lo que sigue:

“...Ahora bien, en el proceso penal han quedado desvirtuado el alegato del recurrente (que las entrevistas y la investigación que cuestiona hayan determinado el sentido del fallo en su contra), pues

se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito y su responsabilidad penal, en cuya merituación de pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta la documentación que el accionante impugna...”²³

Del mismo modo, esta excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida parece ser defendida por la Corte Suprema en Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009, la cual señala lo siguiente:

“...por lo demás, como se ha venido sosteniendo precedentemente la incriminación efectuada por Montesinos Torres solamente constituyó un “indicio base”, que ha sido concatenado con otros indicios, sin los cuales no se hubiera logrado establecer la concurrencia del hecho a probar, por todo lo anteriormente expuesto, lo resuelto por la Sala Penal Especial en este extremo, también resulta conforme a ley”.²⁴

Por otro lado, en cuanto a la excepción de la teoría del riesgo, que permite la valoración de la prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental cuando es el propio afectado el que no cuida sus garantías y voluntariamente asume el riesgo de que sus revelaciones sobre un delito o la realización de actividades relacionadas con éste sean conocidas por otros²⁵, la Corte Suprema en su Ejecutoria Suprema

¹² *Ibidem*.

¹³ En: “http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/jurisprudencia/recurso_nulidad_congresistas_05-02-2008.pdf”. Esta tesis es la misma que adoptó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-HC/TC de 15 de setiembre de 2003.

¹⁴ ASENSIO MELLADO, José María y UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. *loc. cit*.

¹⁵ Véase CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *Op. cit.* Pág. 106-140. Los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004, en el tema referido a prueba prohibida, mencionan que la jurisprudencia americana y europea distingue las excepciones dependiendo de si se trata de una prueba originalmente obtenida con violación constitucional o de una prueba derivada de ésta. Respecto a la primera de ellas sostiene que las excepciones son la obtención de buena fe, la doctrina de la eficacia para terceros, entre otras; mientras que para la segunda serían las excepciones de la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el nexo causal atenuado.

¹⁶ Consiste en valorar aquella prueba prohibida y/o sus derivadas que igualmente se hubiesen obtenido lícitamente a un cuando el hecho generador de la ilicitud no se hubiese producido.

¹⁷ Permite valorar la prueba prohibida que es obtenida con una violación sin intención (por error o ignorancia) de los derechos fundamentales.

¹⁸ Supuesto intermedio entre prueba prohibida y la teoría de la fuente independiente en donde la ilicitud de la prueba se disipa o atenúa, por ejemplo, por efecto del tiempo.

¹⁹ Admite la prueba prohibida cuando ésta puede ser utilizada a favor del imputado.

²⁰ Consiste en que se puede admitir la utilización de la prueba prohibida a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en el juicio.

²¹ Reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional pueden ser valoradas para condenar a imputados no víctimas de la violación del derecho fundamental.

²² Ver *Ibidem*. Pág. 108.

²³ Vid 2.

²⁴ Vid 13.

²⁵ En esta misma línea, ver el acuerdo 7° del Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004.

recaída en el recurso de nulidad 9-2006, señaló lo siguiente:

“...es de precisar que la filmación ha sido realizada en la vía o espacio público... que tampoco se lesiona el derecho a la propia imagen, no sólo por el lugar y circunstancias de la filmación, sino porque refleja conversaciones, no destinadas a ser excluidas del conocimiento de los demás...”²⁶

En este sentido, se puede entender que la Corte rechaza la ilegitimidad y, por ende, la inutilización de la filmación mencionada, pues es el propio sujeto

pasivo el que voluntariamente se arriesga a que sus conversaciones, al llevarse a cabo en un espacio público, sean conocidas por otros.

Por último, las Cortes Superiores de Justicia de la República, además de permitir la aplicación de las excepciones de la buena fe, la infracción constitucional benéfica, la prueba ilícita para terceros y la destrucción de la mentira del imputado, también, han admitido al principio de proporcionalidad como una excepción a la regla de la exclusión probatoria. Esta excepción, llamada, también, “doctrina de la ponderación de intereses”, permite

la valoración de la prueba prohibida cuando se encuentran de por medio intereses de mayor intensidad como los constituidos por los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en los delitos de estructura compleja²⁷; en términos del propio Acuerdo Plenario:

“...esta doctrina consiste en hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación.”²⁸

²⁶ Vid 8.

²⁷ Ver el acuerdo 5° del Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004.

²⁸ Vid. 5. Fundamento 8°.

JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Confirman sentencia contra expresidente Alberto Fujimori por delito de peculado

Con fecha 18 de julio de 2011 la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la sentencia de primera instancia del 20 de julio de 2009 por la cual la Sala Penal Especial de la Corte Suprema condenó al ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor del delito de peculado en agravio del Estado al haber retirado quince millones de dólares del erario público mediante un Decreto de Urgencia con la supuesta finalidad de ejecutar un plan de operaciones llamado “Soberanía”.

A continuación los extractos más importantes de la sentencia:

1. Bien jurídico en el delito de peculado

“El objeto de protección del delito de peculado constituye un bien jurídico de carácter colectivo –supraindividual– clásico (...). En virtud de sus orígenes, y superada la discusión del objeto de protección, se reconoce por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en general la naturaleza pluriofensiva del delito



de peculado, afincada en dos objetos específicos: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y; b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad en la ejecución del patrimonio público. (...) En efecto, aun cuando [la defensa] señala la existencia de un plural objeto de protección, sus fundamentos apuntan únicamente a considerar como bien jurídico “la correcta gestión de los recursos públicos”, precisando entonces la necesidad de verificar

la afectación a la “gestión del gasto público para una adecuada prestación de los servicios públicos”, considerando la producción de lesión de este bien cuando se afecte el servicio al que estaba destinado los fondos estatales apropiados.

(...) En consecuencia, la unidireccionalidad de afectación con el delito de peculado constituye entonces uno de los errores de la tesis de la defensa. En efecto, no puede desconocerse como un componente del bien jurídico a los deberes de fidelidad del funcionario público en la administración del patrimonio estatal,

aduciendo que la infracción de deber no puede ser objeto de tutela en un Estado Constitucional de Derecho, pues no es solamente la infracción del deber la que se protege sino vinculada a los caudales públicos y en conjunto con éstos. (...) desconocerlo y admitir la sola afectación del gasto público en la ejecución de servicios públicos, como objeto de protección, dejaría sin contenido la propia estructura del tipo penal de peculado.”

2. Infracción de deber

“La consideración de la infracción de fidelidad se asienta en que es en función del cargo confiado que el sujeto activo adquiere cercanía con los caudales públicos, y con ello, surge la confianza social –que merece protección de alto alcance y mayor efecto disuasorio que la proporcionada por la sanción administrativa, en tanto se encuentra en estrecha relación con el patrimonio público – de que éste no superpondrá sus intereses privados a los públicos y garantizará su incolumidad, de ahí la exigencia típica de la relación funcional entre el agente y los bienes que administra. Por tanto, la impugnada sostuvo de modo concreto, claro y concreto este componente al afirmar que con la apropiación se produjo “una lesión inmediata de varios bienes jurídicos, como los deberes de probidad, transparencia, lealtad y diligencia que tiene que observar el funcionario que administra, custodia o percibe viene y caudales públicos (...)”.

3. Patrimonio público como componente del bien jurídico

“De otro lado, en cuanto al componente del bien jurídico “interés patrimonial de la Administración Pública” o “patrimonio estatal”, estimamos correcto que ha de ser interpretado desde una perspectiva funcional. El error advertido en el discurso de la defensa viene de

considerar que la única funcionalidad del mismo se limita a la gestión del gasto en servicios públicos concretos, en tanto afirma que la afectación material del bien jurídico se ha de expresar en el impedimento de llevar a cabo el servicio público al que estaban asignados, como finalidad presupuestal, los fondos objeto de apropiación. (...) Asimismo, no debe confundirse el bien que se pretende cautelar con los fines que con éste se alcanza. (...) La trascendencia supraindividual que reviste la gestión del patrimonio de todos obliga pues a un mayor alcance de protección que se extiende a la “capacidad del Estado de disponer de dichos bienes”; de allí que en realidad el interés patrimonial que el tipo penal de peculado tutela se afina en la sola puesta en peligro de la capacidad de gestión del Estado para cumplir con su finalidad de prestar servicios, y no en la afectación tangible de un servicio público específico. Por lo que se tutela, como apuntó CREUS, la sola conservación del patrimonio público dentro de la esfera de disponibilidad de la administración pública, como garantía de cumplimiento de la función patrimonial del Estado. (...) La devolución posterior, y aún oportuna, no elimina el tiempo en que estuvo en riesgo la capacidad de gasto –mediata o inmediata, presupuestada o no-, de la Administración Pública, y con ello la afectación del bien jurídico”.

4. Diferencia entre peculado y malversación de fondos

“En adición, desde una interpretación literal del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, se advierte que el diseño del supuesto de hecho no consiente la “afectación al servicio” como parte integrante de la prohibición, lo cual, conforme al principio de legalidad, no puede ser integrado vía interpretación dogmática, ni por analogía con el

delito de malversación de fondos – que sí lo regula-, como pretende el recurrente al considerar que entre ellos existe una relación género a especie (...) pues aun cuando se asemejen en su objeto genérico de protección –patrimonio público-, su objeto específico de tutela y configuración es distinta, aunque legislativamente sean tratados bajo la misma sección. El delito de malversación de fondos no tutela los deberes de probidad, transparencia y lealtad que tiene que observar el funcionario con los fondos puestos a su disposición, pues este no los separa de la administración pública, sino que les da, dentro de ella, un destino diferente al presupuestado. Asimismo, el Estado no se ve perjudicado con una aplicación privada, y por tanto, con la potencial imposibilidad de ejecutar servicios públicos, sino que de todos modos, los fondos cumplieron con satisfacer una prestación pública determinada, pero distinta. (...) En consecuencia, las diferencias anotadas permiten concluir que la analogía propuesta por la defensa no es viable”.

5. Aplicación de instrumentos internacionales

“(…) los convenios internacionales, que comunican la vigencia de determinado sistema de creencias, y que integran nuestro marco constitucional, establecen una tendencia contraria a la interpretación asumida por el recurrente, así el Artículo II de la Convención Interamericana de la Corrupción refiere que “los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: I. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de

4 Ver páginas 387 a 390 de la sentencia.

5 Ver páginas 394 y 395 de la sentencia.

6 Ver páginas 394 y 395 de la sentencia.

7 En la sentencia se menciona que tanto la fiscalía como las dos magistradas de mayoría comparten la posición asumida en el caso Chacón Málaga respecto al carácter permanente del delito. [ver página 36 de la sentencia]

8 Sobre el derecho a la motivación debida de las resoluciones judiciales ver la sentencia del Tribunal Constitucional N° 1230-2002-PHC/TC de 20 de junio de 2002, fundamentos 10° al 15°.

9 Abanto Vásquez sostiene que el objeto o bien jurídico específico protegido está constituido por todos los objetos protegidos por los demás tipos penales de los delitos contra la administración pública. Ello debido al carácter subsidiario del delito y su caracterización de delito de peligro abstracto [Véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano. Palestra: Lima, 2003. Pág. 541]. Sobre el enriquecimiento ilícito como delito de peligro abstracto ver CARO CORIA, Dino Carlos. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita. Aspectos sustantivos y procesales. Jurista Editores. Lima. 2002. Pág. 382.

intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos (...)."

6. Relación funcional con los fondos objeto de apropiación

"La defensa considera que a su patrocinado no le correspondería el calificativo de autor, en tanto (...) la administración de los pliegos presupuestales le corresponde a los Ministros de Estado. (...) Sin embargo, tal alegación no es admisible pues el vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismo ejerció el procesado Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciado a través del instrumento legal- Decreto de Urgencia- que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la República (...)."

COMENTARIOS

En la presente sentencia la Corte Suprema determinó que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema no incurrió en un defecto de motivación al no explicar los motivos por los cuales desestimaba la propuesta de la defensa respecto de cuál sería el bien jurídico tutelado en el delito de peculado. Esto ya que, a consideración de la Corte Suprema, la sentencia recurrida establecía una postura que contradecía directamente la tesis de la defensa. Asimismo, la Sala Penal Transitoria realiza una amplia explicación sobre cuál es el bien jurídico tutelado en el delito de peculado, abarcando los orígenes de esta figura y concluyendo que se trata de un delito con dos bienes jurídicos: por un lado, el tipo penal protege los intereses patrimoniales de la administración pública –que se lesionarían con afectar su capacidad de disposición- y, por otro lado, protege los deberes funcionariales –los cuales se verían afectados con su infracción-. En este punto la Corte Suprema sigue el criterio planteado por el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, que señala que el bien jurídico en el delito de peculado se desdobra en dos objetos merecedores de tutela,

los cuales son i) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y ii) evitar el abuso de poder por parte de funcionarios o servidores públicos. Asimismo, nos parece importante resaltar que el mismo criterio se siguió en la sentencia del caso Crousillat recaída en el expediente N° 011-2001 del 8 de agosto de 2006.

Respecto del bien jurídico tutelado por el delito de peculado, la defensa sostenía que aquél estaba referido a la gestión del gasto público para la adecuada prestación de un servicio público. Por lo cual, el delito de peculado se consumaría sólo cuando se afectase un servicio público concreto. Al respecto, nos parece adecuado que la Sala Penal Especial haya indicado que dicha posición resulta equivocada y que el delito de peculado se consuma con la sola apropiación de los recursos públicos. Entender el momento consumativo en tal sentido permite garantizar la capacidad de reacción estatal que la gestión requiera. Adoptar la tesis de la defensa del imputado nos parece peligroso en tanto reduciría los supuestos cuya lesividad ameritaría la aplicación de la norma penal que contempla la sanción del delito de peculado.

Cabe mencionar que no estamos ante un delito de malversación de fondos que podría exigir cierta afectación o posibilidad de afectación de un servicio público si no a un delito de peculado en su modalidad de peculado por apropiación. Por otro lado tampoco se debe confundir al peculado por apropiación con la figura española del delito de malversación, por el cual una autoridad o funcionario público será sancionado por destinar a usos ajenos a la función pública caudales o efectos puestos a su cargo por razón de su función, siempre que no devuelva el importe de lo distraído dentro del plazo establecido en la norma penal. En este último supuesto el agente debe actuar con ánimo de devolver lo sustraído.

Por otro lado, resulta importante resaltar que la Corte Suprema haya recurrido a un instrumento

internacional vinculante como lo es la Convención Interamericana de la Corrupción para interpretar los alcances del tipo penal de peculado. Esto ya que no se debe perder de vista que el tratado en mención forma parte de nuestro derecho interno en virtud del artículo 55 de nuestra Constitución y, por lo tanto, debería ser utilizado, en el presente caso, como mecanismo de interpretación y orientación para la aplicación de tipos penales como el de peculado. Adicionalmente, en este punto consideramos que es importante resaltar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 3° inciso 2 señala que "para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.", lo cual niega nuevamente la postura planteada por la defensa por la cual se señala que para que se consuma el delito de peculado es necesario que se afecte un servicio público concreto, cuando en realidad solo basta con el incumplimiento de deberes funcionariales.

Respecto del argumento de la defensa referido a que al imputado Fujimori no le correspondería el título de autor, pues son los Ministros de Estado quienes administran los pliegos presupuestales, consideramos acertada la respuesta dada por la Corte Suprema en la presente sentencia al contradecir la postura de la defensa, afirmando que lo importante es que el sujeto activo haya tenido disponibilidad jurídica y no material sobre los fondos. Es decir, tal como lo establece el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, lo relevante para la consumación del delito en cuestión es la existencia de dominio o competencia funcional específica. En el presente caso, Fujimori, al ser Presidente de la República en ese momento, era administrador de la Hacienda Pública y tenía la prerrogativa de emitir Decretos de Urgencia disponiendo de dinero estatal para los fines que su competencia le permitían. En ese sentido, Fujimori hizo mal uso de dicha prerrogativa y emitió un Decreto de Urgencia para una finalidad

inexistente o falsa, motivo por el cual puede afirmarse que Fujimori tenía poder de control y vigilancia en virtud de las competencias de su cargo. Y, justamente, por la jerarquía de su cargo funcional, al apropiarse de los

quince millones, el imputado defraudó la confianza que se había depositado en su cargo y una serie de deberes como el de transparencia y probidad. Sobre este punto, es importante recordar que estos mismos criterios

fueron seguidos y aplicados en las sentencias referidas a los casos del congresista Anaya Oropesa¹ y de la congresista Elsa Canchaya².

1 Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° 008-2008 de 11 de febrero de 2011.

2 Sentencia del Juzgado Penal de la Corte Suprema recaída en el expediente N° 07-2007 de 07 de octubre de 2009.

NOTICIAS DESTACADAS

Jueces y fiscales de Arequipa son capacitados por el IDEHPUCP en temas de lucha contra la corrupción

Los días 26 y 27 de agosto de este año se llevó a cabo, en la ciudad de Arequipa, el Taller de capacitación en delitos contra la administración pública dirigido a jueces, fiscales y funcionarios auxiliares del Distrito Judicial de Arequipa. Lo primero que debemos manifestar es nuestro agradecimiento a las gestiones y participación del Presidente de la Corte Superior, Dr. Jorge Luis Salas Arenas, y del Presidente de la Junta de Fiscales Superiores, Dr. Jesús Eliseo Fernández Alarcón. Su apoyo e interés, aunado a la buena disposición y preparación de los ponentes, permitieron que el Taller se desarrollara de modo satisfactorio y productivo para los participantes del evento.

Asistieron 47 funcionarios del sistema de administración de justicia en total, de los cuales 23 pertenecían a la Corte Superior de Arequipa y 25 pertenecían al Ministerio Público. El mecanismo dinámico empleado por los ponentes y la interacción entablada entre ellos y los funcionarios participantes propició un gran número de preguntas por parte de estos últimos, generando debates interesantes en algunos casos.

Al final del evento se sometió a los participantes a una encuesta donde evaluaron el desarrollo del Taller y la calidad de las ponencias. Dicha encuesta fue respondida por 38 participantes. La primera pregunta estuvo dirigida a recibir una evaluación sobre la calidad del contenido académico, la organización del evento y el nivel de los ponentes.



En la foto: el profesor Iván Meini dictando una de las sesiones del taller.

Respecto al contenido académico, el 86.8% de los encuestados consideró que los contenidos era muy buenos o excelentes. Sobre la calidad de la organización, el 81.6% de encuestados opinó que esta había sido excelente o muy buena. Finalmente, en relación al nivel de los ponentes, un porcentaje de 89.2% consideró que la calidad de los docentes era muy buena o excelente. La segunda pregunta buscaba indagar sobre el interés de los participantes en asistir a un posible segundo taller de capacitación. Al respecto, el 100% de los encuestados respondieron afirmativamente mostrando interés en asistir a un segundo eventual taller. La tercera pregunta estaba orientada a recabar información sobre otros temas jurídicos de

interés en los cuales los participantes quisieran profundizar mediante las exposiciones en los talleres. En este sentido, resaltaron la importancia de tratar con mayor profundidad temas procesales como por es el caso de la teoría de la prueba en delitos contra la administración pública.

Finalmente, no nos queda sino agradecer profundamente a los ponentes ya que sin su experiencia, calidad, compromiso y fundamental apoyo, este Taller no hubiera podido ser realizado con éxito. Esperamos contar en los próximos talleres con su participación y la misma dedicación que han venido brindando en los eventos hasta ahora realizados.