



PRESENTACIÓN

A propósito de la situación en algunos clubes de fútbol y colegios privados

¿Por qué no penalizar la corrupción privada?

Por **YVÁN MONTOYA**
Coordinador del Proyecto
Anticorrupción del IDEHPUCP

Cuando un funcionario público recibe dinero, acepta un regalo o la promesa de un regalo para hacer algo en contra de sus obligaciones, y con ello perjudica los intereses del pueblo peruano en beneficio personal, no tenemos duda de que se ha cometido un acto corrupto. Así lo llama la ley en el artículo 393 del Código penal.

Por otro lado, cuando un dirigente y representante de un club de fútbol nacional contrata jugadores extranjeros por una suma millonaria, a pesar de que dichos jugadores tienen un valor mucho menor y de que gran parte de ese dinero, que sale del club, retorna a su bolsillo para su propio beneficio, tampoco tenemos duda de que se trata de un acto de corrupción. Sin embargo, en este caso la nuestra ley penal no dice lo mismo y lo considera impune.

Igualmente, cuando el director de un colegio particular recibe o acepta la promesa de un regalo por parte de una casa editorial a cambio de que los profesores exijan a los padres de familia que compren los libros de dicha editorial, sin tomar en cuenta criterios pedagógicos y económicos

para todos los estudiantes, tampoco tenemos duda de que estamos ante hechos corruptos. Sin embargo, nuestra ley penal tampoco lo considera así y ello queda impune.

En nuestro país, entonces, a diferencia de lo que ocurre en Alemania (299 CP alemán), España (art. 286 bis 1 del CP español) o Colombia (250-A del C.P. colombiano), los dos últimos casos mencionados líneas arriba no son punibles, es decir, son impunes. ¿Qué es lo que diferencia el primer caso de los dos últimos? ¿Qué hace que el primero sea sancionado penalmente y los otros dos casos no?

Como respuesta se dice que en el primer caso estamos ante un funcionario público y se protege un interés público que es el correcto ejercicio de la función pública. Pues bien, si consideramos que un club de fútbol o un colegio (aunque sea particular) son entidades sobre las cuales existe un directo interés público que trasciende, por lo tanto, el interés de los socios o sus fundadores, entonces, no debería haber duda para que el Estado sancione penalmente estos casos.

Si bien el Derecho penal no va a solucionar los complejos problemas de la educación o del fútbol en el Perú, sí puede aportar en lo que le corres-

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

- ¿Por qué no penalizar la corrupción privada? (Pág. 1)

CRÓNICA JUDICIAL

- El caso petroaudios (Pág. 2-8)

JURISPRUDENCIA RELEVANTE

- Caso Barrios: Liquidación por despido arbitrario del expresidente de Essalud (Pág. 9-11)
- Comentarios a la sentencia del caso Ruiz Novoa (Pág. 11-13)

ponde: sancionar los comportamientos corruptos y más dañinos para los intereses públicos importantes. Con esta intención, los especialistas han propuesto un delito general de corrupción, aplicable a cualquier ciudadano. Este delito debería sancionar con pena de prisión a "todo aquel que en una decisión con consecuencias para terceros no se atiene a las reglas y por ello solicita, se hace prometer, o acepta una ventaja para sí o para otro". Sólo de esta manera podríamos sancionar penalmente al dirigente de fútbol o al director de un colegio particular que tenga inclinación por actos corruptos.

La pelota está en la cancha de nuestros legisladores.

El caso “Petroaudios”

Por **ERICK GUIMARAY**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

I. Hechos

1. En octubre de 2008 un reconocido programa dominical sacaba a la luz una muy seria denuncia periodística sobre actos de corrupción al interior de la administración pública. Específicamente se denunciaba irregularidades respecto del proceso de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos que la entidad estatal PERUPETRO S.A convocara y diera como postor ganador al consorcio conformado por la empresa estatal¹ PETROPERU S.A y la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A (en adelante D.P.I.). El resultado del concurso público fue cuestionado no sólo por lo incorrecto que una empresa estatal se alíe con una privada para un proceso de licitación, sino porque el proceso mismo ha estado viciado por actos irregulares y presuntamente delictivos cometidos por los funcionarios de PERUPETRO y otras personas vinculadas al gobierno anterior (2006-2011).

2. En efecto, de las grabaciones telefónicas que se hicieran públicas el 05 de octubre de 2008 se aprecia una serie de conversaciones donde participan, principalmente, el ex ministro de Pesquería del primer gobierno aprista Rómulo León Alegría, el ex-director (vicepresidente) de PERUPETRO Alberto Quimper, el empresario Rafael Fortunato Canaán Fernández, entre otros altos funcionarios de la administración pública. Allí, por un lado, se deja ver el interés del empresario Canaán quien en su calidad de patrocinador de los intereses de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A



Foto: Peru21

solicita la intercesión del ex ministro aprista Rómulo León ante los funcionarios más importantes del gobierno anterior referidos a la producción y explotación de hidrocarburos (existen audios donde éste menciona que se ha reunido con Jorge del Castillo, entonces Premier del gobierno, entre otros personajes). La finalidad no era otra que la obtención de licitaciones en el rubro de hidrocarburos. De otro lado, en aquellas conversaciones, a su vez, se registran las coordinaciones que llevó a cabo el ex director de PERUPETRO Alberto Quimper respecto de las gestiones que Rómulo León le solicitara por encargo de Canaán ante dicha entidad. Es de esta forma que se aclara el modus operandi de los involucrados, sus nombres y su objetivo.²

II. Sobre la denuncia fiscal

La Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, con fecha 21 de octubre de 2008 formalizó denuncia penal contra Rómulo León Alegría, Alberto Quimper, Rafael Fortunato Canaán, entre otros, por los delitos de Asociación Ilícita para Delinquir (art. 317

CP), Tráfico de Influencias (art. 400 CP), Negociación Incompatible (art. 399 CP) y demás delitos.

Es preciso indicar, antes de realizar el detalle de la denuncia fiscal, que éste sólo versará respecto de los delitos contra la administración pública, pues, por ejemplo, la denuncia completa incluye la imputación del delito de Encubrimiento Real (art. 405).

1. Asociación ilícita (art. 317 CP), contra Rómulo León, Alberto Quimper, Ernesto Arias y Rafael Canaán, pues “habrían conformado una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos, para actuar en los procesos de selección que convoque el Estado peruano y se puso de manifiesto con motivo del Proceso de Selección N° PERUPETRO - CONT - 001 - 2008, convocado por PERUPETRO S.A (...) previo pago de sendos sobornos a funcionarios del Estado peruano, como al denunciado Alberto Quimper (...) a través del gestor de dicha empresa en el Perú Rómulo León (...)”.³

Para fundamentar la imputación del delito en mención, la fiscalía se basa

¹ Esta calificación responde a que la empresa Petróleos del Perú - PETROPERU S.A por mucho que haya sido excluida de las normas que regulan el Fondo Nacional de Financiamiento del Estado (FONAFE) y de las propias del Sistema de Inversión Pública (SNIP) está obligada a informar a través del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE, las adquisiciones y contrataciones que realice y el estado de los procesos que convoque. Asimismo, publicará su Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones - PAAC - y un Informe anual sobre sus procesos de adquisición y contratación. Entre otras obligaciones, que en virtud de la Ley N° 28840 (ley de fortalecimiento y modernización de la empresa petróleo del Perú - Petroperú S.A.) dan cuenta de la naturaleza estatal propia de su organización y funcionamiento.

² Objetivo que con el devenir de las investigaciones se determinó en su totalidad, siendo que el plan no sólo era participar en la licitación de lotes petroleros, sino que existían más ámbitos de la administración pública en los que el Sr. Canaán y Rómulo León, junto a sus colaboradores, estaban interesados, como por ejemplo la construcción de hospitales o la venta de tecnología petrolífera.

³ Extracto de la formalización de denuncia recogido del Auto de Apertura de Instrucción en el Exp.: N° 107-2008, de fecha 21 de octubre de 2008, pp. 2.

en las conductas, probadas ex post, que los involucrados en la supuesta asociación realizaran en pos de conseguir la licitación de los lotes petroleros ofrecidos por PERUPETRO S.A. Como por ejemplo, la alianza entre DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A y PETROPERU (planificada tanto por los interesados, como por las autoridades públicas respectivas) para hacerse con los lotes petroleros licitados o las coordinaciones entre Quimper y León para cobrar los "honorarios de éxito". Para el Ministerio Público los clásicos requisitos⁴ para la existencia de asociación ilícita (dos o más personas, carácter de permanencia y acuerdo) se cumplían en el caso concreto, siendo que la presunta asociación operó desde mayo de 2007 hasta octubre de 2008.

Así las cosas y siendo que el desvalor penal de la conducta tipificada en el artículo 317 CP sólo está referido a la asociación per se, los delitos que eventualmente puedan cometerse son independientes a efectos de la imputación penal, en tanto ello, bien puede ser que concurren.⁵

2. Patrocinio ilegal (art. 385 CP), contra Alberto Quimper (autor) "(...)" por cuanto valiéndose de su condición de Funcionario Público como Director de PERUPETRO S.A.⁶, habría patrocinado intereses particulares ante la administración pública; toda vez que, aquél patrocinó los intereses de la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A dentro de PERUPETRO S.A. donde era Director y elaboró informes de orden tributario, regalías y sucursal para la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A para ser presentados ante la empresa PERUPETRO S.A. (...)" . Además, en el registro de grabaciones telefónicas entre Rómulo León y Fortunato Canaán, el primero menciona que el Sr. Quimper (amigo suyo) le había ofrecido los lotes petroleros de interés de los noruegos: "(...)" este mira y también anoche invité a comer al doctor Alberto Quimper y él me ha dado

su palabra que como Vicepresidente de PERUPETRO él nos consigue los lotes (...)"⁷. Gestión que efectivamente se realizó. Por tal patrocinio, el Sr. Quimper recibió pagos por parte de la empresa extranjera en comentario, a través de su mandatario Ernesto Arias-Schreiber.

3. Cohecho pasivo propio (art. 393 CP), contra Alberto Quimper (autor) en tanto habría solicitado un donativo para realizar actos de violación de sus obligaciones, lo cual consistió en patrocinar los intereses de la empresa noruega al interior de PERUPETRO S.A. en donde era director. Su conducta estaría probada mediante los audios registrados donde se puede apreciar que luego de comprometerse en la consecución de los lotes petroleros, llega a decir "hemos hecho un faenón". Contra Rómulo León (instigador) por cuanto dolosamente habría determinado al denunciado Alberto Quimper a incurrir en el delito de cohecho pasivo. La imputación en este caso se basa en los audios recogidos en la investigación que prueban la inmensa influencia del Sr. Rómulo no sólo dentro de la gestión gubernamental de turno, sino también en el ámbito de la administración estatal de hidrocarburos. Contra los señores Ernesto Arias-Schreiber, Fortunato Canaán, Daniel Saba, Cesar Gutiérrez, Miguel Celi, Jostein Kar Kjerstad y Mario Díaz (cómplices primarios), en tanto el primero de ellos se hizo nombrar mandatario de DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A., a su vez utilizó su cuenta bancaria para hacer efectivo los pagos que el Sr. Quimper cobrara por interceder dentro de la administración pública a favor de la empresa noruega. Respecto de los demás imputados, la fiscalía sustenta su denuncia en los audios en los que Rómulo León gestiona los trámites con Alberto Quimper, sin precisar los detalles. Sin embargo, sí se deja constancia, según un informe de Contraloría, que el Sr. Saba (presidente de PERUPETRO) participó en la sesión que aprobó la alianza entre la empresa extranjera D.P.I y PETRO-

PERU.

4. Negociación incompatible (art. 399), contra Lucio Carrillo, Liliana Callirgos, Elmer Martínez, Winston Sam y José Sebastián (en adelante el "comité" de selección en el proceso convocado por PERUPETRO S.A.) en su calidad de autores por cuanto se habrían interesado indebidamente y de forma directa a favor de la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. en el proceso de selección que ellos dirigían, donde participó y ganó la empresa en mención. El presidente de la "comisión", el Sr. Callirgos, no pudo explicar durante la investigación fiscal los correos donde lo mencionan junto con el denunciado Arias Schreiber respecto de que ambos habrían gestionado para que el "comité" acepte una fianza solidaria a favor de la empresa noruega antes mencionada. Del mismo modo, según el Informe sobre PETROPERU S.A., que realizara la Contraloría General de la República, las bases y el peso de los requerimientos se modificaron a la medida de los intereses y posibilidades del consorcio DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A - PETROPERU S.A. Del mismo modo, el consorcio ganó la licitación a pesar que ofreció una oferta menor que la de sus competidores. Para el Ministerio Público quienes realizaron la ilegal precalificación de la empresa noruega fueron los funcionarios Callirgos y Carrillo, sin embargo, los demás miembros del "comité" habrían permitido esta irregular conducta y, en tanto ello, son responsables por omisión del delito negociación incompatible.

Contra Rómulo León, Alberto Quimper, Ernesto Arias Schreiber, Daniel Saba, Cesar Gutiérrez, Miguel Celi, Jostein Kar, Fortunato Canaán y Mario Díaz (últimos 3 representantes de D.P.I) como presuntos cómplices primarios del delito en mención. Se atribuye a Rómulo León haber sido el hombre "orquesta" que facilitó e hizo posible el nexo entre los interesados y la administración pública en el tema

⁴ Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-2006, del 13 de octubre de 2006. Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial (C.II-14.a), Inc. 101-2008-B, Resolución N° 27, del 13 de noviembre de 2009.

⁵ El supuesto fáctico del caso en concreto fue ampliado debido a la nueva información recabada de investigaciones posteriores al Auto Apertorio de Instrucción, siendo que aquellos nuevos supuestos fácticos fueron objeto de Investigación Preparatoria en enero de 2001 bajo la dirección de la fiscalía Provincial Penal de Mariscal Nieto, Segundo Despacho de Investigación - Moquegua. Sobre este aspecto ver infra."

⁶ Extracto de la formalización de denuncia recogido del Auto de Apertura de Instrucción en el Exp.: N° 107-2008, de fecha 21 de octubre de 2008, pp. 27.

⁷ Extracto de la formalización de denuncia recogido del Auto de Apertura de Instrucción en el Exp.: N° 107-2008, de fecha 21 de octubre de 2008, pp. 4.

de explotación y exploración de hidrocarburos. Sobre las autoridades de PERUPETRO (Saba - presidente - y Quimper - vicepresidente) y PETROPERU (Gutiérrez - presidente - y Celi - gerente general) se les imputa haberse “coludido”⁸ con Rómulo León a afectos de presionar a la “comisión” respecto de la entrega de la buena pro a favor de la empresa noruega. A partir de uno de los múltiples audios se ha podido constatar que D.I.P se había adjudicado los lotes petroleros 2 meses antes de la declaración formal de adjudicación.

5. Tráfico de influencias (art. 400 CP), contra Rómulo León y Alberto Quimper como presuntos autores por cuanto ambos recibieron donativos a cambio de interceder ante la administración pública, el primero como particular con influencias claves y el segundo como funcionario público dentro de la institución que convocó al proceso de licitación. El dinero recibido se puede corroborar de los audios actuados, donde se constata el acuerdo de honorarios de éxito entre los imputados, entre otros detalles. El Ministerio Público también imputa este delito contra Fortunato Canaán, Jostein Kar y Mario Lugo como presuntos instigadores, en tanto fueron ellos quienes buscaron las influencias atribuidas al dueto León-Quimper.

III. Prueba Prohibida

1. Respecto de la, así denominada, prueba ilícita o prohibida, la fiscalía parte de la idea según la cual sólo están prohibidas de forma absoluta aquello que ha sido recabado (e intenta introducirse en el proceso penal) violando normas de directa relevancia constitucional. Por lógica, aquello que se consiga sin violar tales normas, es decir, violando sólo normas ordinarias, bien puede valorarse en un proceso penal vía un ejercicio de ponderación de intereses (balancing test⁹). Dicho de otro modo, para el Ministerio Público la tesis a aplicar fue la conocida como “Doctrina de Ponderación de Intereses”. Por lógica, como todo

en Derecho Penal, el conflicto pasa por armonizar los intereses particulares y los estatales, de cara a conseguir un grado mínimo de convivencia pacífica. En este caso, de un lado se encuentra el interés de las personas respecto del respeto a su intimidad expresado en la privacidad de sus telecomunicaciones. Del otro, el interés constitucional en la lucha contra la corrupción. Como resulta obvio, la ponderación de intereses se inclinó por el interés estatal, y es que “(...) el Estado en su lucha contra la delincuencia, que involucra a funcionarios del Estado no podría perjudicarse, [sic] ni dejar en la impunidad graves delitos de corrupción (...)”¹⁰ El sustento, además del interés superior, es que lo que se ha violado no es un interés constitucional a la intimidad o privacidad, pues en las conversaciones no se registran temas relacionados a la vida privada de los interceptados (valor protegido por nuestra máxima norma), antes bien, lo que allí se registra es de interés público, por tratarse de funcionarios y recursos naturales de la nación, mal administrados.

2. El aceptar pruebas de este tipo (audios o videos registrados sin consentimiento, o con consentimiento parcial, de los interlocutores) es algo en lo que nuestra jurisprudencia no parece estar completamente de acuerdo.¹¹ Sin embargo, lo que parece quedar claro es que sea cual fuere la excepción de validez que se aplique sobre una prueba ilícita (en este caso se aplicó la excepción de ponderación de intereses), aquella, una vez dentro del proceso, se constituye en prueba lícita. De ahí que sea contradictorio hablar dentro de un proceso penal, donde se valora un material probatorio acorde con un Estado social y democrático de derecho, de prueba prohibida. Distinto es el asunto de si una prueba válida es introducida o valorada dentro del proceso violando algún derecho de alguna de las partes. En este caso, la prueba devendrá en irregular, pero no por ello prohibida, pues si así fuese jamás podría haberse actuado en el proceso.

IV. Auto apertorio de instrucción y dilación procesal

1. El Tercer Juzgado Penal Especial con fecha 21 de octubre de 2008 consideró haber mérito para abrir instrucción contra Rómulo León, Alberto Quimper, Fortunato Canaán, entre otros, por delitos tales como Tráfico de Influencias, Cohecho Pasivo, Negociación Incompatible y demás. Los fundamentos del auto apertorio de instrucción tienen el mismo sentido y tenor que la denuncia penal formalizada por la Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios con fecha 21 de octubre de 2008. Sin embargo, el juez penal, a diferencia de lo pretendido por el Ministerio Público, resolvió no abrir instrucción por el delito de Asociación Ilícita contra Rómulo León, Alberto Quimper, Ernesto Arias y Rafael Canaán, puesto que para la configuración de aquél delito no basta una pluralidad de intervinientes en la comisión de un ilícito penal, sino que además se precisa la constatación de una conciencia plena de pertenencia de los miembros de la asociación, los fines delictivo de ésta y su estabilidad (Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116, de fecha 13 de octubre de 2006). Criterios que a decir del juzgador, y siendo concurrentes, no están mínimamente configurados en cuanto a indicios razonables que presuman la conciencia de pertenencia.

2. El plazo de la etapa de instrucción del caso que nos ocupa ha sido ampliado más de una vez, entre otros criterios porque el proceso fue declarado complejo. Así, la resolución de fecha 29 de octubre de 2008, por ejemplo, amplía el supuesto de imputación por el delito de Encubrimiento Real (art. 405 CP) contra el Sr. Rómulo León Romero (hijo de uno de los imputados), y ello en virtud de que habría conocido que el dinero que ocultó estaba vinculado a las negociaciones ilícitas que su padre sostenía con algunos de los imputados. Esto a su vez se pudo acreditar de la declaración de uno de los procesados Ernesto Arias

⁸ Textual del Auto Apertorio de Instrucción, pp. 47.

⁹ PÉREZ ARROYO, Miguel, Momento procesal de exclusión de los elementos de prueba en el Código Procesal Penal de 2004. En: *La prueba en el Proceso Penal, Diálogo con la Jurisprudencia, guía práctica 2*, Mayo 2011, pp. 30 y ss.

¹⁰ Extracto de la formalización de denuncia recogido del Auto de Apertura de Instrucción en el Exp.: N° 107-2008, de fecha 21 de octubre de 2008, pp. 55.

¹¹ Sobre este comentario véase en: *Boletín N° 6 - Proyecto Anticorrupción* http://idehupucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/septiembre_2011_n06.pdf.

Schreiber, quien menciona que conocía al Sr. Rómulo León Romero, pues este había acompañado a su padre en algunas reuniones de las realizadas en virtud de conseguir la ilícita adjudicación de los lotes petroleros en mención. Del mismo modo, se cuenta con las cartas que el imputado enviara a los demás procesados Cesar Gutiérrez y Daniel Saba donde les informa que “los amigos de Discover Petroleum International regresaron a noruega muy contentos”. Además, de una de las conversaciones entre Rómulo León y el Sr. Arias Schreiber, donde el primero le solicita al segundo le mencione cómo hacer para contratar a su hijo como representante de la empresa noruega en el Perú, aunque haciendo la aclaración que todo sería coordinado con su persona, es decir, no se dejaría en manos inexpertas las negociaciones entre la empresa y los funcionarios del Estado.

Sin perjuicio de lo que se acaba de indicar, la resolución ampliatoria del plazo de instrucción de fecha 19 de setiembre de 2011 es la que mayor comentario amerita. En efecto, allí, y por solicitud del fiscal, el juez penal del Tercer Juzgado Penal Especial resolvió i) ampliar el plazo de instrucción por el término de 45 días; ii) ampliar el supuesto de la imputación fáctica e incorporar a los hechos el denominado “Plan Perú” (que vincularía a los imputados en una amplia serie de presuntos ilícitos planeados, y en algunos casos, ejecutados); iii) ampliar dicho supuesto de hecho al delito imputado contra Rómulo León Romero; y, finalmente, iv) comprender como tercero civilmente responsable a la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. de los delitos imputados.

a) El supuesto fáctico que se incorpora en el presente proceso penal es un hecho sustancial que generó las presuntas conductas delictivas imputadas y se denomina “PLAN PERÚ - PROYECTOS PETROLEOS”, el mismo que de acuerdo al Ministerio Público comprendía 5 puntos: 1) venta, comercialización y exploración de tecnología relacionado a la



Foto: El Comercio

exploración y explotación de hidrocarburos que las empresas DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. y PETROMARKER planearon introducir al país; 2) exploración de convenios de evaluación técnica; 3) exploración de gas en lotes ubicados en los departamentos de Ucayali y Cusco; explotación de petróleos en determinados lotes; y, 5) exploración de recursos geométricos en la región Tacna. De los cinco objetivos, en el proceso penal sólo se había incorporado el punto 4), siendo preciso, en aras de ubicar los presuntos ilícitos cometidos en su real contexto, incorporar los restantes, pues se está ante un único hecho integral y completo llamado PLAN PERÚ. La fiscalía incorporó como medios de prueba de la existencia de este plan general, entre otros documentos, un documento fax de fecha 22 de diciembre de 2007 donde el inculpado Fortunato Canaán se dirige al también procesado Rómulo León Alegría para comunicarle que el proyecto PROYECTO-PERÚ debe ejecutarse, en el período de aquél año, “con un gran sentido económico, en función estricta del proyecto (...)”.¹² En este mismo sentido, carta de INCAFORT S.A de fecha 22 de diciembre de 2007 donde Canaán le expresa a León su interés de constituirse formalmente en el Perú, es decir, darle personería jurídica, con todo lo que ello implica. Para el Ministerio Público, los planes de Fortunato Canaán y los demás procesados iban mucho más lejos del proceso de selección y adjudicación de lotes petroleros obje-

to de este proceso penal.

b) Sobre el pedido de incorporar a la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A el Ministerio Público sustenta que en verdad dicha compañía era la directa beneficiaria no sólo con la adjudicación de los lotes petroleros del caso concreto, sino de todas las operaciones en las que el PLAN PERÚ tuviese éxito “de manera que en ella pesa una responsabilidad indirecta, ya que aun cuando no sea el autor del daño e inclusive sea ajeno a su producción causal, deben, por la vía denominada responsabilidad indirecta, responder solidariamente a favor del Estado Peruano”.¹³ Del mismo modo, se realiza un recuento de los presupuestos materiales que sustentan la existencia de responsabilidad civil de un tercero: 1) dependencia entre el responsable directo y el tercero y 2) que el acto generador haya sido cometido en virtud de aquello que une a los responsables. El juez penal sustenta su decisión, además de lo formulado por la fiscalía, en un informe de verificación de denuncia realizado por la Contraloría, en el cual se expresa el interés de la compañía noruega en los recursos naturales de nuestro país y la receptividad de nuestras autoridades respecto de dicho interés.

c) Finalmente, dada la complejidad (costo de analizar el caso desde una óptica integral) del caso con el incorporación del PLAN PERÚ el juez penal decidió otorgar un plazo amplia-

¹² Auto ampliatorio de instrucción de fecha 19 de setiembre de 2011, pp. 4.

¹³ Sobre este razonamiento algunas reflexiones infra.

torio en la etapa de instrucción de 45 días, los cuales servirían para la realización de una serie de diligencias a efectos de que la fiscalía su informe final y el caso pase a la etapa de juicio oral.

V. Análisis del caso

Las líneas que siguen analizarán los aspectos más problemáticos de la imputación por delitos contra la Administración Pública contra los principales imputados del caso, es decir: Rómulo León, Alberto Quimper, Fortunato Canaán, Cesar Gutiérrez, Daniel Saba y el “comité”.

V.1 Superposición de tipos penales

La imputación al funcionario Alberto Quimper

1. Tal como se tuvo oportunidad de exponer, tanto la fiscalía como el juzgado penal especializado consideraron, en el caso del **señor Alberto Quimper**, imputarle los delitos de Patrocinio Ilegal (autor), Negociación Incompatible (cómplice primario), Tráfico de Influencias (autor) y Cohecho Pasivo Propio (autor). Desde nuestro punto de vista, el ilícito penal regulado en el art. 399 CP (negociación incompatible) es el que mejor subsume la situación imputada (de acuerdo con el caso concreto y el material probatorio recabado), quedando el delito de patrocínio ilegal (art. 385) como un delito residual en razón que su contenido de injusto parece estar contenido en el primero¹⁴. En efecto, el delito de patrocínio ilegal reprime el supuesto en el que el agente se valga en general de su posición privilegiada de funcionario público para patrocinar intereses particulares. En cambio, el art. 399 CP (negociación incompatible) tipifica el supuesto según el cual dicho funcionario público se interese en cualquier operación que se lleva a cargo dentro de la administración pública y en la que específicamente intervenga **directa o indirectamente, en razón de su cargo**. Dicho de otra forma, el supuesto del delito de “Ne-

gociación Incompatible” sanciona un hecho específico en contraste con el supuesto general del delito de “Patrocinio Ilegal”. No obstante ambos prohíben lo mismo: incumplir los deberes de garante que la administración pública carga sobre sus operadores.

No se precisa que el funcionario tenga el poder de decisión sobre el caso en el que se interese (no es éste el único supuesto que puede subsumirse en el alcance prohibitivo de la norma en cuestión - “Negociación Incompatible” -), sino que tenga algún nivel de injerencia (directa o indirecta - por acción u omisión) suficiente en la operación. Dicho de otra forma, la indirecta forma en la que un servidor público se interese por algún caso sólo tiene sentido en tanto aquél no tenga el poder directo, en razón de su cargo, para resolver o definir la operación que el Estado sostenga con algún particular.

Del caso que nos ocupa, y siendo que el interés que sancionan los tipos penales que protegen la administración pública debe expresarse con un grado mínimo de objetividad y razonabilidad, somos de la opinión que la imputación del delito de Negociación Incompatible comprende el verdadero desvalor de la conducta del Sr. Quimper, pues aquel en un contexto de contratación pública convocada por PERUPETRO y en razón de su cargo, vicepresidente de la referida entidad, gestionó los intereses (elaboración de informes legales) de uno de los postores en dicha convocatoria. En otras palabras, no es que el Sr. Quimper haya defraudado el deber general de imparcialidad de todo funcionario público (Patrocinio Ilegal), sino que defraudó la compatibilidad de sus funciones en un caso específico, uno que se dio dentro de la empresa estatal de la que él era Vicepresidente, donde tenía suficiente poder de injerencia como para quebrar la objetividad de la actividad estatal en un proceso de selección. Por lo tanto, en aplicación del principio de especialidad, el aparente concurso de normas

se resuelve prescindiendo del delito de Patrocinio Ilegal.

La imputación al señor Rómulo León

2. Respecto del **señor Rómulo León Alegría**, se le imputa en calidad de instigador el delito de Cohecho Pasivo Propio (respecto del Sr. Quimper). Sin dejar de destacar la correcta tipificación de aquél delito (contra Quimper), consideramos que la conducta del Sr. León Alegría se subsumiría de forma más integral en el art. 397 del CP (cohecho activo), el mismo que sanciona el hecho de dar u ofrecer algún tipo de donativo o beneficio para un funcionario público, ya sea para que éste realice sus normales funciones o para que claudique de ellas. Del caso y tal cómo se presentan los hechos evidenciados por los audios y considerados por la fiscalía, el ex ministro de pesquería del primer gobierno aprista habría participado en el pago que la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. realizara a través de sus representantes a favor del Sr Quimper por las “gestiones” hechas al interior de PERUPETRO (“gestiones” que iban en contra de sus funciones).

De otro lado, debería descartarse la figura de la instigación por cuanto, y en esto hay acuerdo en doctrina¹⁵ si en la figura que regula el art. 24 CP es preciso determinar en el agente la resolución a la comisión de un delito, es porque de antemano aquel no tenía dicha resolución criminal. Es del caso, que se tiene registro del audio donde el Sr. Quimper menciona que él no puede trabajar con cualquiera (en tanto coordina con Sr. Rómulo León el cobro de sus “honorarios de éxito”), sino con alguien que sepa cuidarle las espaldas¹⁶(se refiere al Sr. Ernesto Arias Schreiber - el gordo -), por ende, no sería la primera vez que el denunciado realizaba este tipo de “gestiones”, que tiene toda una estrategia u modus operandi para estos casos. Si así resultan ser las cosas, no podría realizarse en él la preten-

¹⁴ Aunque según nuestro punto de vista, los hechos del caso bien pudiesen ser analizados como la realización del delito de Colusión (ver infra).

¹⁵ Entre otros, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde (traducción), Segundo volumen, Barcelona: Bosch, pp. 957-962. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Juan Córdoba Roda (traducción), Barcelona: Ediciones ARIEL, pp. 368-377. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría del delito*. Tercera edición corregida y puesta al día. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias (PPU), pp. 429-435. BACIGALUPO, *Derecho Penal*, Lima: ARA editores, pp. 493-496.

¹⁶ Página 41 del Auto Apertorio de Instrucción.

didada instigación sobre la comisión de delitos vía incumplimiento de sus deberes ante la administración pública. Con todo, el cohecho pasivo es un delito de encuentro, por tanto, es preciso sancionar “la otra cara de la moneda”, es decir, el desvalor penal de quien hace viable la comisión del primer delito.

Sobre la imputación contra el Sr. León Alegría como cómplice primario del delito de negociación incompatible y aceptando la posibilidad de participación en delitos especiales, somos de la opinión que aquella se sustenta correctamente en la actuación del Sr. León Alegría en los hechos materia del proceso penal, pues dada sus amplias influencias en la administración pública hizo posible reuniones y/o contactos que permitieron en los funcionarios públicos negociaciones ilícitas en razón de su cargo. Lo que en buena cuenta es lo que sancionan los títulos de participación referidos a la complicidad (art. 25 CP): hacer posible o ayudar en la comisión de delitos realizados por otra persona (autor principal).

3. De acuerdo a la antes expuesto, en relación con los **representantes de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A.** Jostein Kar, Fortunato Canaán y Mario Díaz debería aplicárseles lo mencionado para el caso del Sr. Rómulo León Alegría respecto del delito de cohecho activo, pues, en puridad material de intervención, no importa tanto quién entregue o prometa la ventaja al funcionario, como sí quienes gestionan tal cohecho, así no estén físicamente ante el servidor público. Probablemente, de acuerdo a la actividad probatoria, de entre los mencionados sea el Sr. Canaán quien debería responder a título de autor y los demás como cómplices primarios. Como es el caso del Sr. Arias Schreiber quien no sólo se hizo nombrar apoderado de la empresa noruega, sino que puso a disposición su cuenta bancaria para hacer posible el pago al Sr. Quimper, en tanto ello, podría imputársele el delito de Cohecho Activo bajo del título de cómplice primario (que a efectos de pena abstracta no se distingue del autor).



Foto: USI

En la misma línea de los sujetos imputados, tanto el Ministerio Público como el Tercer Juzgado Penal Especial entienden que aquellos son cómplices primarios del delito de Negociación Incompatible. Desde nuestro punto de vista, y atendiendo a la actividad probatoria llevada a cabo durante el proceso, la conducta que se subsume en el delito de Cohecho Activo parece abarcar en su totalidad el desvalor del comportamiento de los representantes de la empresa DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A., pues por mucho que contactaran al Sr. León Alegría, ellos no tuvieron participación material en las gestiones que llevaron a cabo los funcionarios públicos involucrados en el caso. Incluso la propia fiscalía menciona que el ex ministro aprista fue el “hombre orquesta”. Distinto es el caso respecto del delito de Tráfico de Influencias, donde, según cómo lo entendemos, la fiscalía y el juzgado realizan una correcta tipificación imputándoles tal delito a título de instigadores.

4. Respecto de los **funcionarios públicos** de PETROPERU y PERUPETRO Cesar Gutiérrez, Miguel Celi y Daniel Saba (respectivamente) se les imputa la comisión a título de cómplices primarios del delito de Negociación Incompatible y del delito de Cohecho Pasivo Propio. Sin embargo, por su calidad de servidores públicos y por el interés, probado a lo largo de la investigación fiscal, respecto del proceso de convocatoria y otorgamiento de la buena pro a favor de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. parece ser que sus conductas se sub-

sumen en el delito de Negociación Incompatible, pero a título de autoría. Dicho de otro modo, no es que contribuyeron a la realización del hecho típico a manos del “comité”, sino que en razón de los deberes propios de la administración pública, ellos estuvieron en plena capacidad de lesionar el bien jurídico sin que intermedie conducta alguna. Y es que en buena cuenta en los delitos especiales no importa tanto quién domine el hecho, como sí quién tiene determinado deber frente a la protección (en términos generales) de bienes jurídicos.

5. A los miembros del **comité especial** del Proceso de Selección N° PERUPETRO-CONT-001-2008 convocado por PERUPETRO S.A para suscripción de un contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos se les imputa la realización del ilícito penal regulado en el art. 399 CP a título de autoría, por los fundamentos ya expuestos. De la redacción del propio tipo penal en mención se puede extraer la frase “en provecho propio o de tercero”, frase que legitima la aplicación de este delito en vez del de cohecho pasivo propio.

V.2 Tercero civilmente responsable

El fundamento utilizado para la incorporación de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. como tercero civilmente responsable en el proceso penal en comentario es el de la responsabilidad indirecta en los hechos. Cabe aclarar sobre este argumento, que la responsabilidad indirecta o directa de una persona jurídica es de inconclusa discusión en la doctrina. Sin embar-

go, sí nos es posible mencionar que siendo que el concepto de reparación civil es uno que deriva sólo del carácter ilícito de la conducta realizada, no así del carácter penal, bien puede ser que, en tanto estamos dentro de la responsabilidad civil donde no existe el principio de responsabilidad por el propio hecho, respondan por ella terceros que no participaron en la comisión del ilícito, pero esto no en virtud de una relación de responsabilidad (aquella que expresa la relación libertad - asunción de consecuencias), sino por una cuestión causal en la capacidad de reparar el daño. Dicho de otro modo, la persona jurídica responde por los daños ocasionados (monto de la reparación) en tanto supone el instrumento del cual el agente se valió para perpetrar el ilícito, no porque ella sea responsable de aquél. El patrimonio de la empresa responderá porque en él se han volcado los frutos de la actividad ilícita, no porque ella tenga algún tipo de participación, como tal, en la realización del ilícito (en este caso, penal).

V.3 La hipótesis del delito de colusión

A pesar de que en el auto de apertura de instrucción se utiliza el término “coludir” para referirse a las negociaciones llevadas a cabo por los imputados ni el juez ni el fiscal entienden que hay mérito para denunciar y abrir instrucción respecto del delito tipificado en el art. 384° CP (colusión desleal).

1. El delito de Colusión está tipificado en el art. 384 del CP y sanciona el supuesto de hecho según el cual determinado funcionario(s) público concerta, en razón de su cargo, con los interesados particulares en procesos de adquisición o contratación pública (o cualquier operación a cargo del Estado). De hecho se prevé que la concertación puede darse en cualquier etapa de la operación contractual, o de cualquier otra a cargo del Estado, en la que éste participe como tal. Es posible definir el bien jurídico específico que se protege en el art. 384 CP en los siguientes términos: *la asignación eficiente de recursos públicos*

*en las operaciones contractuales que realice el Estado o en cualquier tipo de operaciones a cargo de éste.*¹⁷

Los elementos del delito en mención, por lo menos las más importantes, son la existencia de un acuerdo colusorio y el contexto típico. Sobre el primer elemento nuestra jurisprudencia y doctrina entiende que la concertación de intereses tiende a ser clandestina o subrepticia y que además debe expresar una idoneidad objetiva de lesión al patrimonio del Estado. Así, no podemos hablar de un acuerdo colusorio cuando la capacidad de defraudar al Estado sea nula o inidónea.

Respecto del elemento contextual, la ley es clara en señalar que se trata de ámbitos en los que el Estado aparezca como parte contractual (y en general cuando el Estado participe en operación reglada de índole económica). Es preciso anotar, que la puesta en peligro del bien jurídico protegido puede darse en cualquier etapa de la operación contractual, siempre y cuando los hechos demuestren que el Estado ya era partícipe en la operación.

Sobre el perjuicio económico al patrimonio del Estado, sólo se exige la gestión defraudadora de los funcionarios públicos junto a la conducta del particular. Es decir, puede que la operación se haya cancelado o que los imputados devuelvan lo ilícitamente adjudicado, sin embargo, en tales supuestos la imputación de responsabilidad seguirá en pie, puesto que el daño patrimonial no es un elemento que funde la prohibición penal.

2. De acuerdo a los elementos de prueba considerados por el auto de apertura de instrucción existiría una relación colusoria entre la administración pública referida a la explotación y exploración de hidrocarburos y la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. Con la salvedad que aquel acuerdo se viabilizó o se llevó a cabo mediante

una serie de interlocutores (todos ellos responsables del delito), los mismos que además habrían realizado otros ilícitos penales ya comentados; por tanto, aquellos tipos penales y el de colusión no son excluyentes: pueden concurrir en un mismo hecho típico.¹⁸

La figura sería la siguiente: a través de un tráfico de influencias reales el Sr. Rómulo León “acercó” los intereses particulares a las autoridades correspondientes. Para ello se valió de un funcionario público (Sr. Quimper) que hiciese las veces de contacto, pero esta vez ya dentro de la administración pública. Así es que se habría logrado concretar un acuerdo con las autoridades principales (Daniel Saba, Cesar Gutiérrez y Hernán Celi) las mismas que luego habrían hecho posible la ilícita entrega de la buena pro operando sobre los funcionarios competentes del caso concreto (“el comité”). Si así son las cosas, por un lado (el lado de la administración pública) serían co-autores del delito de colusión las cabezas de PERUPETRO y PETROPERU, así como los miembros del “comité”. Del otro lado (D.P.I), son responsables del delito de Colusión Rómulo León, Alberto Quimper, Ernesto Arias Schreiber y los representantes de la empresa noruega. Puede que en la distribución de los títulos de intervención existan ciertos ajustes, como por ejemplo de complicidad primaria en el caso de Arias Schreiber Jostein Kar y Mario Díaz; y de co-autoría entre Rómulo León, Alberto Quimper y Fortunato Canaán.

Con todo, parece ser que, en distintos momentos y con distintas acciones que se expresan a su vez en otros tipos penales, los principales involucrados en el caso que nos ocupa deban responder por lo tipificado en el art. 384 CP, no sólo por el elemento contextual (concurso público), sino también por la naturaleza de las conductas llevadas a cabo.

17 Ver Boletín Proyecto Anticorrupción N° 7: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

18 Valga aquí recordar que nuestro planteamiento de la existencia del delito de Colusión supliría la imputación del delito de negociación Incompatible, pues en dicho supuesto, somos de la opinión que ambos delitos no pudieran concurrir.

Caso Barrios: Liquidación por despido arbitrario del expresidente de Essalud

Por **RAFAEL CHANJAN**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

Primer Fiscalía Provincial Corporativa especializada en delitos de corrupción de funcionarios y Segunda Fiscalía Superior Penal especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

En enero de 2012, la Segunda Fiscalía Superior Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (en adelante la Fiscalía Superior) confirmó el dictamen de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (en adelante Fiscalía Provincial) de fecha 14 de diciembre de 2011 que declaró improcedente formalizar investigación preparatoria en la investigación seguida contra Pío Fernando Barrios Ipenza (ex Presidente Ejecutivo de Essalud) y otros cuatro ex funcionarios de ESSALUD por los delitos de peculado doloso y cohecho activo.

En efecto, se abrió una investigación a cargo del Ministerio Público por los hechos dados a conocer a la opinión pública por el diario Perú 21 el día 23 de octubre de 2010. El referido diario daba cuenta del otorgamiento de una liquidación de beneficios sociales ascendente a la suma de S/. 180, 814.64 nuevos soles a favor de Fernando Barrios, los cuales incluían el monto de S/. 89, 937.50 nuevos soles por el concepto de despido arbitrario. Para tal efecto, se argumentó que al Presidente Ejecutivo de ESSALUD se le cesó sin causa legal y con un día de anticipación a la fecha en la cual se cumplía el periodo por el que fue designado como Presidente Ejecutivo de Essalud.

A continuación se muestran algunos extractos importantes de los fundamentos de dicha resolución (el énfasis y subrayado son nuestros):



Foto: Peru21

Sobre los hechos imputados a Fernando Barrios:

“(…) en la información periodística se señalaba que el Ex Presidente Ejecutivo de ESSALUD, Pío Fernando Barrios Ipenza, un día antes de jurar como Ministro del Interior habría cobrado la suma de S/. 89, 937 nuevos soles por concepto de despido arbitrario; en razón de que logró que ESSALUD no le contabilice un día en su liquidación de beneficios sociales, sino le registre sólo 3 años, 11 meses y 29 días como tiempo de servicios y no 4 años como correspondía y con lo que no hubiese accedido a dicha indemnización por cumplimiento de mandato; razón por la que obtuvo que su salida de dicha institución fuese considerada “despido” a fin de que se le indemnice por dicho motivo la suma de dinero antes señalada; habiendo cobrado en total por beneficios laborales la suma ascendente a S/. 198.311 nuevos soles, tras dejar la Presidencia de dicha institución el 14.09.11, a la que estuvo al frente por 4 años”.¹

Sobre los fundamentos jurídicos:

“Así, del resultado de las investigaciones, no se ha llegado a encontrar

elementos que permitan sostener que Pío Fernando Barrios Ipenza haya inducido o instigado al titular de la Gerencia Central de Compensaciones que elaboró su liquidación, de la Gerencia de Administración de Personal que refrendó la misma o al de la Gerencia Central de Gestión de las Personas que autorizó el pago de la indemnización o a cualquier otro funcionario de ESSALUD, a fin de determinar que se le registren en su tiempo de servicios: 3 años, 11 meses y 29 días y mucho menos para que como resultado de ello, se le indemnice por despido arbitrario, **ni finalmente, que haya generado en aquellos la voluntad de pecular**, dado de que como ya hemos señalado, la resolución de emitir dicha indemnización se generó a partir de de la interpretación de las normas laborales efectuada a dicha instancia, en base a la Resolución Ministerial de conclusión de su mandato, máxime si el informe Legal del Estudio Muñiz a través de su área de asesoría laboral ratificaba dicha posición”.²

(…)

“Por otra parte y finalmente, tampoco se podría afirmar que podría ser pasible de autoría mediata de este delito,

¹ Ver páginas 2 y 3 del dictamen N° 06-2011-1FPPC emitido por la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios en el caso N° 506015501-2010-26-0.

² Ver página 15 del dictamen del Fiscal Provincial antes referido.

esto es, que se haya apropiado de los caudales públicos a través de los funcionarios investigados, por cuanto ya doctrina autorizada ha sostenido que “No cabe admitir la tesis de autoría mediata por parte del funcionario o servidor no vinculado funcionalmente, ni por parte del extraneus, en tanto éstos utilicen como instrumento al funcionario o servidor público vinculado funcionalmente para que ejecute el delito. La imposibilidad de constituirse en autores mediatos deviene de su falta de condición funcional vinculada por el cargo y por lo mismo de la imposibilidad de infringir deberes especiales, requisitos exigidos por el tipo penal de peculado para poder hablar en propiedad de autor o coautores”.³

“Sin embargo, si bien los hechos señalados anteriormente no constituyen delito de peculado, si constituyen faltas administrativas, tal como ya lo ha determinado el Informe Nro. 072-2011-CG/SSO-EE “Examen Especial al Seguro Social ESSALUD, verificación de denuncia en torno a pagos indebidos por beneficios sociales al Presidente Ejecutivo de ESSALUD, elaborado por la Contraloría General de la República que ha concluido “Que la administración de ESSALUD pago indebidamente al Presidente Ejecutivo S/. 89, 937.50 por concepto de indemnización por Despido Arbitrario, habiendo cumplido su plazo de designación de cuatro años (15 de setiembre del año 2006 al 14 de setiembre del año de 2010), **pago originado por la falta de diligencia en el cumplimiento de las funciones por parte de los funcionarios de ESSALUD involucrados en el cálculo y aprobación del pago por este concepto**, afectando económicamente a la entidad y confianza respecto al uso de los fondos de la institución. Así mismo ha recomendado que la Gerencia de Gestión de Personas, efectúe el recálculo de la Liquidación de Beneficios Sociales del señor Pío Fernando Barrios Ipenza, ex Presidente Ejecutivo de ESSALUD, teniendo en cuenta que cumplió con su plazo de designación. Por lo que ESSALUD se encuentra facultada a

determinar las responsabilidades administrativas que correspondan, así como la recuperación de los fondos pagados indebidamente a Pío Fernando Barrios Ipenza”.⁴

“Finalmente, es preciso señalar que a la misma fecha que se publicaron estos hechos esto es, 23.11.10, Edelmira Barrantes Pérez informa (...) la devolución a la cuenta (...) de la suma ascendente a S/. 64.856.00, cantidad que le fuera depositada por dicha institución por concepto de indemnización por despido arbitrario, a fin de que Essalud efectúe un recalcu en el pago de dicha indemnización; con lo que se verificaría ausencia de ánimo de lucro”.⁵

COMENTARIO:

¿Despido arbitrario?

Un primer tema a comentar es el referido a la procedencia o no de la liquidación por despido arbitrario a favor de Fernando Barrios. En efecto, como se aprecia de los dictámenes antes citados, los funcionarios de Essalud que calcularon y efectivizaron la liquidación de beneficios sociales consideraron que procedía una indemnización por despido arbitrario, pues a Fernando Barrios se le habría cesado en su cargo de Presidente Ejecutivo de Essalud un día antes de que cumpliera con su mandato.

Ante esta tesis, cabe notar que una de las características esenciales del despido es su unilateralidad. En efecto, la doctrina sostiene que el despido “es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante”.⁶ Dicha característica esencial también ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias N° 976-2001-AA/TC de fecha 13 de marzo de 2003 y N° 140-2011-AA/TC de fecha 11 de mayo de 2011. Así, en este caso, no se puede sostener que el cese de la designación de Fernando Barrios fue un acto unilateral del empleador (Poder Ejecutivo representado por el Presidente de la

República, quien fue el que emitió las respectivas Resoluciones Supremas) sino que, como quiera que a Fernando Barrios se le “cesó” en el cargo de Presidente ejecutivo para ser designado como ministro de Estado en la cartera del Interior, lo que se originó en puridad fue un cambio de puesto funcional dentro de la estructura orgánica del Poder Ejecutivo, mas no un despido. En efecto, es evidente que antes de la designación de Fernando Barrios como Ministro de Estado debió existir un acuerdo entre el Presidente de la República o el Presidente del Consejo de Ministros y aquél para aceptar tal encargo de confianza, lo cual necesariamente supondría su cese en su anterior cargo público.

En este sentido, no se ha apreciado en los dictámenes fiscales indagaciones sobre el carácter consensuado del “cese” del ex Presidente de Essalud, lo que podría haber llevado a considerar que no se trataba de ningún despido arbitrario. Esto denotaría, al menos, un comportamiento negligente por parte de los funcionarios que evaluaron la liquidación por cese de Fernando Barrios.

Aunado a ello, como la propia Fiscalía Provincial y Superior reconocen, la falta de diligencia en la actuación funcional de los funcionarios encargados de evaluar la liquidación de beneficios sociales de Fernando Barrios también se evidencia de la errónea contabilización de los días efectivamente laborados por éste en Essalud. En efecto, se debió considerar como fecha de culminación de labores el día 14 de setiembre de 2010, último día en el que Fernando Barrios efectivamente ejerció sus funciones en Essalud y no el 15 de setiembre de dicho año como equívocamente establecieron los funcionarios de Essalud.⁷

Así, es criticable que sólo se haya abierto investigación por los delitos de peculado doloso (Art. 387° del CP) y cohecho activo (Art. 397° del CP) cuando existen indicios suficientes para investigar sobre todo por el delito de peculado culposo (art. 387

³ Ver páginas 15 y 16 del dictamen del Fiscal Provincial antes referido.

⁴ Ver página 5 del dictamen N° 48-2011 emitido por la Segunda Fiscalía Superior Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

⁵ Ver página 19 del dictamen del Fiscal Provincial antes referido.

⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. Ara Editores: Lima, 2002. p. 46.

⁷ Así lo afirma el Informe de la Contraloría General de la República N° 072-2011-CG/SSO-EE sobre el particular

del CP). Así pues, la errónea contabilización de los días laborados por Fernando Barrios en Essalud, la no evaluación de la falta de unilateralidad en el cese del cargo y la extrema prontitud con la que se efectivizó la liquidación (un día) hacen notar, por lo menos, el actuar negligente de los funcionarios encargados de calcular y efectivizar la liquidación de beneficios sociales, los cuales dieron ocasión a que Fernando Barrios sustraiga ilícitamente S/. 89, 937.50 nuevos soles de las arcas del Estado por concepto de despido arbitrario.

Investigación pendiente por peculado culposo

Sobre este punto, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia penal⁸, el peculado culposo es un delito de intervención necesaria⁹ que supone la

sustracción de los caudales estatales por parte de un tercero que se aprovecha de la actuación negligente del funcionario que tenía el deber de custodiar dichos caudales. En el presente caso, Fernando Barrios habría intervenido en la sustracción de los S/. 89, 937.50 nuevos soles al haber recibido el cheque por este concepto, aprovechándose de la actuación negligente de los funcionarios de Essalud encargados de la liquidación de sus beneficios sociales. En ese contexto, hubiera resultado diligente por parte de la fiscalía evaluar si el funcionario Barrios conocía el carácter ilícito de la indemnización por despido arbitrario. ¿Es posible que un funcionario como el ingeniero Barrios pueda considerar como despido arbitrario, susceptible de indemnizar, su “cese” en el cargo previamente conversado con sus superiores para asumir otro de mayor

jerarquía en el mismo gobierno?

En este sentido, atendiendo a la teoría de la unidad del título de la imputación recogida por nuestra jurisprudencia¹⁰, los funcionarios de Essalud podrían ser investigados como autores del delito de peculado culposo, mientras que Fernando Barrios podría ser investigado como posible cómplice del acto negligente que permitió la sustracción del patrimonio del estado.¹¹

Por último, es de notar que no constituye eximente de responsabilidad penal el hecho de que Fernando Barrios haya devuelto el monto que se le otorgó como indemnización por despido arbitrario, puesto que, para dicho momento, los caudales del Estado ya habían pasado plenamente a su esfera personal de dominio, estando por tanto ya consumado el delito.¹²

8 Ver el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de fecha 30 de setiembre de 2005 y la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 1686-2002 de fecha 28 de mayo de 2003.

9 Requiere para su consumación la producción de un resultado que depende de la intervención de un tercero. Sobre la naturaleza de los delitos de intervención necesaria ver ABANTO VASQUEZ, Manuel. Participación necesaria, intervención necesaria o delito plurisubjetivo. Una aproximación a la discusión. En: www.terragrijurista.com.ar/doctrina/vasquez.htm. visitado el 06 de marzo de 2012.

10 Ver al respecto la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República de fecha 14 de noviembre de 2003 (Expediente N° 1813-2003 Caso Bedoya de Vivanco).

11 Nuestra jurisprudencia, por ejemplo, se ha inclinado por la punición, a título de cómplice, del tercero que interviene en el delito de peculado doloso a favor de tercero en la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 1205-2005 de 2 de marzo de 2006 y en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2758-2004-HC/TC de fecha 23 de noviembre de 2004.

12 Ver al respecto ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. 4ta edición. Grijley: Lima, 2007. p. 530 y la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° A.V. 23-2001-09 de fecha 18 de julio de 2011 (Fundamentos 77-80).

Comentarios a la sentencia del caso Ruiz Novoa

Por YVANA NOVOA

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

Sentencia N° 37-2005. Humberto Isaac Ruiz Novoa.

La presente sentencia, emitida el 22 de junio de 2011 por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, absuelve al funcionario público Humberto Isaac Ruiz Novoa del cargo referido a la comisión del delito de usurpación de funciones (Art. 361° CP) en agravio del Estado. Esto, debido a que el acusado llevó a cabo funciones como coordinador del Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas y Afroamericanos, las cuales inicialmente no eran de su competencia ya que él había sido contratado como administrador del Proyecto. Asimismo, es importante mencionar que Ruiz No-

voa había sido acusado también por el delito de Negociación Incompatible (Art. 399°CP), sin embargo, la Sala declaró prescrita la acción penal en este punto.

A continuación, los extractos más importantes de la sentencia:

1. Hechos Imputados

“(…) la acusación que se ha formulado contra el señor Humberto Isaac Ruiz Novoa radica en que él suscribió los documentos que dieron las conformidades de órdenes de pago (…) para el señor Cesar Augusto Álvarez Falcón, quien era consultor de este proyecto de desarrollo institucional. Estas funciones no le correspondían

en ese momento al señor Ruiz Novoa pues eran propias del Secretario Técnico de Asuntos Indígenas. (...) Debe tenerse en cuenta que el señor Humberto Ruiz Novoa se encontraba en esos momentos como administrador del Proyecto. (...) El señor Álvarez (...) designa al señor Ruiz Novoa como coordinador interino del proyecto mediante memorándum, no habiendo sido para ninguno de los efectos variado el contrato que tenía previamente.”

2. Argumentos de la defensa

“(…) No puede haber delito de usurpación de funciones porque la delimitación de funciones no se establece contractualmente sino normativamen-

te. (...) En el presente caso se ha demostrado que la función de Secretario Técnico de Asuntos Indígenas no tenía base normativa (...) que permita apreciar con claridad cuáles eran las funciones establecidas para cada cargo. (...) Tampoco puede haber usurpación de funciones porque hay un acto de delegación de funciones.”

3. Conducta típica

“Con respecto a la Usurpación de Funciones, el profesor Fidel Rojas Vargas señala que existen diversas modalidades delictivas, entre éstas: (...) el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene. Evidentemente que sólo el funcionario público puede ser sujeto activo del delito. Se trata a todas luces de un caso de invasión en el ejercicio funcional de esferas de competencia no poseídas.”

4. Tipicidad subjetiva

“Las tres modalidades del delito de usurpación de funciones son esencialmente dolosas (...). El dolo necesario es el eventual. El agente debe actuar conociendo que lo hace arbitrariamente y con libre voluntad de consumir el delito. La no exigencia de propósitos específicos torna no exigible el dolo directo para perfeccionar la figura penal.

(...) Se tiene que según la norma ya glosada, el delito de usurpación de funciones, para su concreción, requiere el dolo: que la persona se arroge el cargo con la finalidad de realizar actos ilícitos.

(...) La valoración probatoria no puede menos que sujetarse a la normatividad administrativa, esto es, competencia y atribuciones del procesado y de aquel funcionario que delegó la función en cuestión. En esta valoración no se evidencian elementos o circunstancias que cuestionen la legitimidad y vigencia formal de las normas y contratos por entonces vigentes, y de ahí que la apreciación en particular del dolo en este delito no pueda estimarse o examinarse fuera de tal ámbito (normativo).” [El subra-

yado es nuestro]

COMENTARIO:

La sala, en el presente caso, absolvió al acusado pues consideró, a la luz de las pruebas actuadas, que el ejercicio de las funciones realizadas por Ruiz Novoa no constituían una conducta ilícita por cuanto hubo una delegación formal de funciones de por medio. Asimismo, un factor importante a tener en cuenta es que además de no existir un Reglamento de Organización y Funciones dentro de la Secretaría técnica de asuntos indígenas y, por tanto, de no haber claridad en la normativa correspondiente a las funciones del personal, dentro de los contratos para el administrador y para el coordinador se establece expresamente que ellos podrán realizar aquellas funciones que le sean delegadas. En este sentido, en tanto el señor Ruiz Novoa, mediante un memorándum, fue nombrado como coordinador interino puede decirse que él no actuó con conocimiento e intención de ejercer funciones de modo ilegítimo, sino que actuó bajo la premisa de que le estaba permitido, por delegación previa, realizar dichas funciones. Inferencia bastante razonable, dada la escasa normativa al respecto.

Consideramos que el presente caso también pudo haber sido resuelto recurriendo a la tesis de imputación objetiva. A nuestro entender, ante un caso como el analizado, el principio de confianza podría haberse aplicado para evitar la imputación de responsabilidad penal de cualquier funcionario en la posición analizada. Al respecto, Cancio Meliá señala que este principio se funda en la premisa de que en una sociedad estructurada los sujetos son pasibles de responsabilidad por sus actos (actúan con suficiente competencia) y, por ello, se puede confiar en que el comportamiento que ellos realizan es adecuado a derecho¹. Ahora bien, la estructura de la administración pública supone la separación de competencias y permite la delegación de funciones. Además, la escasa normativa contempla expresamente que el cargo de un funcionario como Ruiz Novoa permite recibir por delegación

funciones. Sobre la base de todo lo dicho anteriormente, se puede concluir que a un funcionario en estas circunstancias no se le podía exigir razonablemente sospechar que las funciones que había venido desempeñando por delegación constituían un hecho ilícito. Es decir, en tanto la delegación se dio mediante un acto formal e institucional como lo es un memorándum y en tanto la normativa existente permite el recibir funciones por delegación, no se le puede exigir a un funcionario que desconfíe de la legitimidad de dicha delegación y, en consecuencia, no se le puede imputar responsabilidad; a menos que la ilicitud de la delegación sea manifiesta para cualquier persona en esa misma situación.

Por otro lado, es importante resaltar que la Sala, en la sentencia en comentario, primero señala que “la no exigencia de propósitos específicos torna no exigible el dolo directo para perfeccionar la figura penal”, pero inmediatamente después, al analizar la responsabilidad personal en el caso, indica que el delito de usurpación de funciones, para ser concretado, necesita que “la persona se arroge el cargo con la finalidad de realizar actos ilícitos.” Al respecto, parece ser que la Sala ha incurrido en una contradicción y que ha creado o introducido un elemento subjetivo distinto del dolo que el tipo penal no contempla expresamente. Es importante indicar que si en el presente caso se hubiera excluido de responsabilidad por falta de imputación objetiva, no cabría hablar de dolo. Sólo cabría analizar la existencia de dolo si se considera que objetivamente el acusado actuó sin competencias.

Finalmente, es importante recordar que en este caso, la defensa del acusado argumentó, y el Ministerio Público reconoció, que la normativa que contemplaba las funciones dentro de la SETAI era poco clara. Esa falta de claridad en la normativa manifiesta una desorganización por parte del Estado, la cual, a su vez, da espacio a que casos como el de la sentencia en comentario se presenten a menudo, generando un riesgo de impunidad

¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas Básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza, Editorial Jurídicas Cuyo. 2001. pp. 103-130, citado en GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico Parte General*. Piura: Ara Editores, 2003, p.422.

cuando en alguna oportunidad sí se pudiera configurar la conducta típica de la usurpación de funciones. La im-

punidad en dichos casos terminaría siendo responsabilidad del legislador. Por ello, sugerimos que se evalúe la

normativa existente para detectar vacíos y, así, evitar o prevenir los riesgos de impunidad mencionados.