



PRESENTACIÓN

Los costos de la corrupción

¿Cuál es el costo económico que un país tiene que asumir por convivir con una práctica extendida y persistente de corrupción en la administración pública y en diversos sectores de la sociedad? Algunas noticias recientes han venido ofreciendo información sobre este aspecto. Los primeros cálculos se hicieron a propósito de la corrupción sistémica que caracterizó sobre todo el último periodo del régimen del ex presidente Fujimori. De acuerdo con esta información¹, basados sólo en los casos periodísticos más importantes, el Perú habría perdido aproximadamente más de S/.3,438'299,000 millones de nuevos soles.

Las cifras anteriores son expresión de un fenómeno de corrupción sistémica que ocurrió en un régimen sui generis en el que muchos altos funcionarios públicos vinculados al poder incurrieron en prácticas gravemente corruptas. En cambio la corrupción inercial, aquella que ha convivido históricamente en el Perú durante nuestra historia republicana y que viene acrecentándose de manera preocupante en los últimos años, no ha sido materia de un estudio exhaustivo que nos permita

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

- Los costos de la corrupción..... 1

COMENTARIOS ACADÉMICOS

- La ley que modifica nuevamente los delitos contra la administración pública..... 2

CRÓNICA JUDICIAL

- INFORME: El caso Cofopri bajo análisis..... 5

- NOTICIAS DESTACADAS..... 6

saber el impacto económico de este fenómeno sobre nuestra economía. Sin embargo, en este ámbito, el Contralor General de la República² ha expresado que las diversas auditorías realizadas como parte de las funciones de la Contraloría arrojan pérdidas de hasta 9,000 millones de soles sobre el Producto Bruto Interno. El mismo Contralor ha manifestado en dicho medio de comunicación que la corrupción en el Perú ocasiona un daño equivalente entre el 10% y 15% del presupuesto nacional.

Los economistas, especialmente desde una perspectiva macroeconómica, han mostrado evidencias del impacto negativo de la corrupción en la vida económica de un país, especialmente de aquellos subdesarrollados. Este impacto se evidencia tanto en el crecimiento como en el desarrollo de un país.

Con relación al primero se sostiene

que el fenómeno de la corrupción (Muriel Patiño) afecta de manera negativa tanto la demanda como la oferta.³ Con relación a la demanda, se afirma que se retrae el consumo del país, por cuanto las familias deben detraer una parte de su renta susceptible de ser destinada a la adquisición de bienes y servicios al pago de sobornos. Esto también desincentiva la inversión privada y afecta, por otro lado, el gasto del sector público dado el desvío irregular de éste hacia intereses particulares. La oferta también se ve afectada con el fenómeno de la corrupción dado que incide sobre la capacidad productiva de las empresas. Estas ineficiencias productivas se derivan de la corrupción en el ámbito de los contratos públicos, al desvío de fondos que originalmente debían estar destinados al incremento de capital. De otro lado, como indica Muriel,⁴ el factor trabajo también puede verse afectado dado que, en un contexto

¹ Se trata de una información recogida por FERNANDEZ ZAPATA, Sergio. "la corrupción sistémica en el Perú de los noventa. Medición del impacto de los recursos desviados por casos de corrupción sobre el crecimiento económico", en: *Vicios poder y corrupción públicos* (Compilador Oscar Ugarteche), Fondo de Cultura Económica, Lima, 2005, p. 266 y basada en los trabajos de la Comisión Investigadora del Congreso de 2002 y del Instituto Apoyo de 2002.

² Diario El Comercio, 2 de noviembre de 2010.

³ MURIEL PATINO, María Victoria. "El fenómeno de la corrupción: consideración desde la macroeconomía", en: *Corrupción y delincuencia económica*, Ibañez-Santo Tomás, Bogotá, 2008, pp. 35 y ss.

⁴ *Ibidem*, p. 44 y siguientes

de corrupción, tienden a elegirse funcionarios poco cualificados o directivos poco competentes.

La combinación perversa de retraer la oferta y la demanda determina resultados macroeconómicos de reducción del nivel de crecimiento y por lo tanto de reducción del nivel de empleo. Señala Gamero que algunos estudios (Mauro) indican que una mejora en la posición de un país en la reducción de la corrupción (por ejemplo de 6 a 8 sobre un máximo de 10) determinaría un incremento de 4 puntos porcentuales de la tasa de inversión y de 0.5 % de la tasa de crecimiento anual del PBI per cápita.

Con relación a la incidencia de la corrupción en el desarrollo económico y social del país, Muriel sostiene que tal fenómeno provoca un decrecimiento en las tasas de reducción de la pobreza. Esto en razón de una serie de posibles factores como la alteración en la aplicación incorrecta de los programas sociales o en la evasión fraudulenta de los impuestos que impiden la recaudación del Estado para el financiamiento de los servicios de educación o sanidad.

No podemos culminar esta presentación sin hacer mención a

un dato sumamente relevante con relación a la cuantificación del costo de la corrupción. Nos referimos al índice de opacidad de un país y, en particular, del nuestro. Para comprender lo que cuantifica el índice de opacidad (o índice de poca transparencia) es importante primero no confundirlo con el índice de percepción de la corrupción que mide Transparencia Internacional. Este mide la percepción de la opinión pública cualificada sobre las prácticas de corrupción en un país, mientras el índice de opacidad, según Gamero, muestra el impacto económico de dicho índice en dos variables: impuestos y primas de riesgo. El factor O es el puntaje de un país (Gamero) basado en las respuestas de las encuestas o estudios. Los índices altos indican un alto agrado de opacidad o de corrupción mientras los números bajos indican un grado bajo de opacidad o de mejor transparencia.

Pues bien, con relación al impacto en la variable impuesto lo que implica es que la corrupción determina una especie de impuesto oculto a la renta que deben pagar aquellos que invierten en el Perú. En el año 2001 el Perú registraba un índice de opacidad de 58 (fuente: Price Waterhouse, Coopers - PWC, 2001)

lo que hacía, según los cálculos de PWC un impuesto equivalente adicional de 23%. En otras palabras todo aquel nacional o foráneo que desee invertir en el Perú tendría que haber calculado en dicho periodo no sólo el impuesto a la renta que tendría que pagar, sino un 23% como impuesto oculto (pagos irregulares, sobornos, etc.). De 36 países analizados por PWC el Perú aparece entre los 19 países con peores índices de opacidad. Algo parecido ocurre con el impacto en la variable prima de riesgo. De acuerdo con este índice la prima indica un mayor o menor costo de los prestamos que soliciten. En otras palabras resulta relativo que nuestro país reduzca las tasas de impuestos para promover la inversión pública si los índices de opacidad se mantienen altos. A pesar de todo lo mencionado hasta aquí, consideramos que la gravedad del asunto no radica fundamentalmente en los grandes recursos del Estado que se pierden en interés de los particulares, sino, sobre todo, en el perjuicio o amenaza de perjuicio de la calidad y cantidad de bienes y servicios que el Estado debe proveer a los sectores de menores recursos económicos en nuestra sociedad, es decir, en la satisfacción óptima de sus derechos fundamentales básicos.

5 GAMERO, Julio. *Causas y consecuencias de la corrupción: una perspectiva económica. Documento de trabajo 3.0* En: www.google.com, Índice de Opacidad + Gamero, ensayo económico. Texto revisado el 1 de septiembre de 2011.

COMENTARIOS ACADÉMICOS

La ley que modifica nuevamente los delitos contra la administración pública

Transcurrieron apenas¹ cinco semanas desde la publicación de la cuestionada Ley N° 29703, Ley que reformó varios tipos de delitos contra la administración pública, para que el Congreso de la República derogara la referida Ley y volviera a reformar prácticamente los mismos artículos del Código Penal referidos a los delitos de colusión, peculado, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Esto sin perjuicio de la modificación realizada a la pena accesoria de inhabilitación prevista para estos

delitos.

Qué cambios ha traído la referida Ley N° 29758 respecto de la ley anterior (Ley N° 29703) y qué modificaciones determina también aquella ley sobre la regulación original del Código Penal de 1991? ¿Cuál es el impacto dogmático y político criminal de estas modificaciones sucesivas de los delitos más importantes contra la administración pública? En buena cuenta ¿Se favorece o se limitan las herramientas de lucha contra la

impunidad? Todas estas preguntas son temas que trataremos de alguna manera en este breve artículo.

Analicemos en las líneas siguientes los tipos penales que han sido objeto de modificación por parte de la Ley N° 29758.

El delito de colusión

La modificación del delito de colusión por la ley anterior (Ley N° 29703) había originado duras críticas por parte de un sector importante de la opinión pública. Las críticas apuntaban a la pretensión del legislador de convertir al delito de colusión en un delito de lesión, esto es, en un delito que para

1 Sobre las modificaciones que supone esta norma ver el artículo publicado en el boletín N° 4 del Proyecto Anticorrupción.

2 Véase al respecto "Poder Judicial verá Ley 29703". En: *Diario La República*. Edición de 16 de junio de 2011. Y "Fiscalía de la Nación pedirá la inconstitucionalidad de la Ley 29703". En: *Diario La República*. Edición de 05 de julio de 2011.

su consumación requiera el perjuicio efectivo al patrimonio del Estado y no sólo un mero peligro concreto como se estaba siendo interpretado predominantemente por nuestra jurisprudencia suprema. Interpretar el delito de colusión como un delito de lesión suponía abrir la posibilidad de una laguna punitiva (impunidad) en los casos de concertaciones ilegales entre funcionarios y particulares interesados que no lleguen a suscribir un contrato con el estado éste no realice desembolsos patrimoniales. En efecto, la redacción original del tipo penal que establecía la cláusula “defraudar al Estado” fue reformada en la Ley N° 29703¹ por la cláusula “defraudare patrimonialmente al Estado” y con ello pretendía exigirse la constatación de un perjuicio² efectivo al patrimonio estatal. Sin perjuicio de nuestra opinión brindada en su oportunidad en el sentido que la referida reforma (Ley N° 29703) no establecía inequívocamente una figura penal de estructura lesiva, sino que ofrecía las mismas posibilidades interpretativas que la redacción anterior, la reforma actual de la Ley N° 29758 pretendió corregir las lagunas de impunidad que, en su concepción la Ley N° 29703, había configurado en el delito de colusión. En tal sentido el tipo penal actual queda configurado en dos modalidades alternativas:

La primera, contenida en el primer párrafo, sanciona al funcionario o servidor público que se concerta con los interesados en un proceso de contratación estatal con el objeto de defraudar al Estado. Como puede apreciarse no se exige ni un perjuicio efectivo del patrimonio administrado por el Estado ni un peligro concreto o cercano a tal perjuicio. Sólo se hace referencia a la concertación ilegal pero con una orientación subjetiva al perjuicio del estado sin que este dato objetivo deba verificarse fácticamente. Se trata en consecuencia de un adelantamiento considerable de la barrera de protección penal a fórmulas que comportan sólo un peligro abstracto o, en su modalidad reinterpretada, a una fórmula de peligro hipotético: el comportamiento debe ser idóneo

para que, eventualmente, ocasione un perjuicio al Estado.

La segunda modalidad mantiene en gran medida la redacción de la Ley N° 29703 y sanciona a aquel funcionario o servidor público que mediante concertación con los interesados defraude patrimonialmente al Estado. Apesar que la intención del legislador, interpretada a la luz del primer párrafo, ha sido regular una modalidad lesiva del delito de colusión (perjuicio efectivo al patrimonio administrado por el Estado) en mi concepto, y siguiendo las reflexiones realizadas en boletín N° 4, esta modalidad contiene dos subformas de colusión. Por un lado los casos de colusión que impliquen un daño efectivo al patrimonio administrado por el Estado (delito de lesión) y, por otro lado, los casos de colusión que sin llegar a constituir un daño a dicho patrimonio sí suponen un peligro concreto o cercano del mismo.

Con un ejemplo podríamos dar cuenta de estas modalidades delictivas. Tomemos el caso de una licitación para proveer de material escolar al Ministerio de Educación. Convocada la licitación, sin que aún se determine la empresa seleccionada y sin que se suscriba el contrato público con aquella, se logra detectar una reunión o reuniones informales en un restaurant entre uno de los miembros del Comité de Selección del Ministerio y uno de los candidatos que concursan para obtener la buena pro y en donde se negocia su selección en detrimento de la calidad de los materiales que se proveerán. Esa conducta del funcionario ya configura una concertación ilegal dirigida a perjudicar al Estado y por lo tanto se adecuaría a un delito de colusión del primer párrafo del artículo 384. En cambio si tales negociaciones fraudulentas prosperan y el Comité de selección otorga la buena pro a la empresa en cuestión suscribiéndose el contrato, entonces la concertación ilegal constituye un peligro concreto al patrimonio administrado por el Estado (art. 384 segundo párrafo) dado que este se ha obligado a entregar una determinada suma de

dinero que no se corresponde con la calidad de los materiales que se proveerán. Finalmente, si tal relación contractual ha determinado que el estado haya desembolsado la suma comprometida, estaremos ante un perjuicio efectivo al patrimonio que se adecuaría igualmente en el segundo párrafo del art. 384. La diferencia entre la segunda y la tercera modalidad tendría incidencia básicamente en la cuantificación de la pena a imponer.

Dejando de lado lo reflexionado anteriormente, la reforma de la Ley N° 29758 trae, en nuestra consideración presenta dos claras ventajas. Por un lado hace referencia a la intervención *directa o indirecta* del funcionario público en la concertación ilícita con los interesados. Esto permite involucrar sin mayores dudas a funcionarios que no necesariamente hayan tenido como competencia o función la determinación directa del proveedor seleccionado sino que puede tratarse de un funcionario que a través de informes o requerimientos haya tenido algún nivel de incidencia en tal selección fraudulenta.

Por otro lado, el nuevo texto hace referencia a la intervención del funcionario público en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes y servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Esta descripción típica tiene no sólo la ventaja de que hace referencia al proceso de contratación pública desde una perspectiva dinámica, lo que implica que un acto de colusión pueden evidenciarse en cualquier etapa del proceso de contratación pública que puede comprender desde la primera fase que puede ser el requerimiento de los bienes o servicios por parte de un órgano del Estado hasta la fase de ejecución o liquidación de un contrato público, sino que introduce una cláusula abierta en la que incluye cualquier otra operación del estado (en la economía) en la que se concierta con los interesados. Esto supone que puede haber colusión incluso en contextos ajenos a un proceso de contratación estatal, es decir, en otros

3 Sobre las diversas interpretaciones que la jurisprudencia suprema realizó de la redacción original del delito de colusión del CP. De 1991 ver el artículo contenido en el boletín N° 4.

contextos de intervención del estado en la economía.

El delito de peculado

La Ley N° 29758 modifica la reforma de la Ley N° 29703 que suprimió la referencia a la “apropiación para otro” del funcionario o servidor público e introdujo la modalidad típica de “consentir que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos”. Esta modalidad, propia de la legislación española, introducía una modalidad delictiva de difícil delimitación y susceptible de ampliar los márgenes de impunidad. Como mencionamos en el boletín N° 4, esta modalidad permitía interpretar que la conducta del tercero o particular que se apropia de un bien público por consentimiento de un funcionario o servidor público era atípica, es decir, era impune. Ello siempre que tal apropiación del tercero se efectúe en un momento posterior al consentimiento, es decir, en un momento posterior a la consumación del evento delictivo. Pues bien, la reforma de la Ley N° 29758 deroga esta modalidad delictiva y retorna a la redacción original del Código penal de 1991: “la apropiación para otro”. Reconociendo la complejidad de esta redacción, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha interpretado su alcance señalando que la misma se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. Desde esta perspectiva, resulta saludable que la Ley N° 29758 retorne a la redacción anterior en la medida que la Corte Suprema ya tiene una importante doctrina jurisprudencial desarrollada. La legislación actual mantiene la reforma de la Ley N° 29703 que introduce una nueva modalidad agravada cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las 10 Unidades Impositivas Tributarias. En lo demás, el tipo penal de peculado mantiene la modalidad culposa y las agravantes (dolosa y culposa) por los fines a los cuales se dirigen los bienes administrados por el Estado: fines asistenciales o programas de

apoyo social.

El delito de tráfico de influencias

La derogada Ley N° 29703 tal como lo mencionamos en el boletín N° 4 modificaba el contenido del tipo de injusto del delito de tráfico de influencias, suprimiendo la modalidad de tráfico de influencias simuladas por parte del particular o el funcionario público. Como mencionábamos en dicha oportunidad, se trata de una modalidad cuestionada por su falta de legitimidad constitucional desde una perspectiva del principio de lesividad; por tal motivo saludamos en su momento la supresión de esta figura. La reforma actual (Ley N° 29758) repone nuevamente dicha figura por lo que mantiene la misma configuración del tipo penal que existía en la redacción del Código penal con la modificación de la Ley N° 28355 de octubre de 2004. En otras palabras, el tipo penal de tráfico de influencias contiene ahora las dos modalidades alternativas de éste delito: tráfico de influencias reales y tráfico de influencias simuladas.

En realidad los casos de particulares o funcionarios que incurran en casos de tráfico de influencias simuladas, esto es, aquellos que simuladamente invoquen influencias y reciban o hagan dar o prometer para sí donativos o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario que ha de conocer o este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, constituirían en nuestro concepto delitos de falsedad genérica (art. 438 del CP) en perjuicio no de las personas que confiaron en el vendedor de humo (simulador) y le entregaron dinero o donativos (este supuesto no constituye a nuestro juicio una estafa, dado que se trata de un hecho base que tiene causa ilícita), sino en perjuicio de la imagen y reputación de los funcionarios que han de conocer, conocen o han conocido del mencionado proceso judicial o administrativo y que falsamente serían influenciados para

alterar dichos procesos. Ello sin descontar el deterioro de la imagen institucional. Particularmente, cuando sea un funcionario público el que invoca simuladamente influencias y recibe o hace prometer donativos para incidir irregularmente ante procesos judiciales o administrativos constituiría también un delito de cohecho pasivo propio.

En consecuencia, el supuesto de tráfico de influencias simuladas constituiría en nuestra consideración una modalidad delictiva innecesaria, además de los problemas constitucionales que mantiene con el principio de lesividad.

El delito de enriquecimiento ilícito

La redacción contenida en la Ley N° 29758 mantiene casi en su integridad el contenido de la descripción típica delictiva de la Ley N° 29703. En ese sentido, todo lo referido a la supresión de la cláusula de valoración probatoria o de la eliminación de la pena de inhabilitación contemplada en la propia redacción del tipo penal ha sido comentado en el boletín N° 4 y a dicho texto nos remitimos.

El único aspecto que resulta necesario comentar es el pequeño cambio registrado en el primer párrafo del tipo penal vinculado al elemento relacional entre el incremento ilícito del patrimonio y la función pública desempeñada por el funcionario o servidor público. En otras palabras, y siguiendo lo mencionado en el boletín N° 4, el tipo penal ha resaltado la exigencia cualitativa de una relación funcional entre el enriquecimiento del funcionario y el desempeño de su cargo. No basta entonces sólo la coincidencia temporal de ambos factores.

No podemos terminar estas breves reflexiones sin dejar de manifestar nuestro deseo por que la normativa del Código penal relacionada con estos delitos contra la administración pública no sea ⁶ nuevamente modificada y dejar al sistema penal,

³ En todo caso podría configurar sólo un delito de receptación lo que implicaría un tratamiento sustancialmente mas atenuado.

⁴ Véase al respecto el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República de 30 de setiembre de 2005.

⁵ Al respecto ver BAJO FERNÁNDEZ; Miguel. “Artículo 248”, en: *Comentarios al Código Penal (Director Cobo del Rosal)*, EDERSA, Madrid, 2004, pp. 283 y ss.

especialmente el Poder Judicial progresivamente la jurisprudencia sancionar los casos de corrupción e impedir los ámbitos de impunidad la tarea de interpretar y sentar vinculante adecuada para juzgar y

CRÓNICA JUDICIAL

INFORME: El caso Cofopri bajo análisis

I. Hechos

a. El Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) tiene como objetivo el formalizar la propiedad urbana y rural a nivel nacional, así como la adjudicación de predios del Estado. En el año 2006, como medida de implementación y complemento del DL N° 803, la ley N° 28923 ratifica a COFOPRI en las funciones de saneamiento físico – legal y titulación de predios urbanos ubicados en posesiones informales (art. 3°), de manera excepcional y por un período de tres años. Lo excepcional de esta Ley está en que COFOPRI, por delegación de las Municipalidades, llevará a cabo los procedimientos de Declaración de Propiedad sobre los predios objeto de regulación (art. 4°). Además, con la Ley N° 28923, se cambia el rótulo “comisión”, por el de “organismo”, así como se designa al Director Ejecutivo como la máxima autoridad de la entidad (segunda Disposición Complementaria y primera Disposición Transitoria, respectivamente). Dentro de este marco normativo, el 27 de junio de 2008 mediante Decreto Legislativo N° 1089 se establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, con el cual se declara de interés nacional la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, por período de cuatro años, contados a partir de la vigencia de la norma. Es decir, dentro de las generales atribuciones de COFOPRI, con esta última normativa se especifica un tipo de predio materia de su competencia. La implementación de esta nueva competencia de COFOPRI se encuentra regulada en su respectivo

reglamento Decreto Supremo 032-2008-VIVIENDA, el mismo que, de acuerdo con la fiscalía, resulta importante en los fundamentos de atribución de responsabilidad penal de los involucrados.

b. El 08 de abril de 2009 Oswaldo Chauca y María Salazar solicitaron ante la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI acogerse al “procedimiento de formalización y titulación de tierras eriazas habilitadas e incorporadas a la actividad agropecuaria al 31 de diciembre de 2004” respecto de dos (2) predios, por ellos ocupados, ubicados en la localidad de San Antonio – Cañete, ambos con una extensión total de 30 hectáreas. Con lo cual la entidad estatal aperturó los expedientes n° 2009-032366 y n° 2009-032375, respectivamente.

Es necesario precisar que el trámite de solicitud en comentario, de acuerdo al DL 1089 art. 4° y al art. 26° de su Reglamento, se realiza ante la Oficina Zonal de Lima y Callao, la misma que dentro de sus funciones tiene la ejecución de los procedimientos especiales de formalización, la adjudicación de

predios, la elaboración de expedientes para la formalización urbano y rural, así como la autorización de titulación de predios, entre otras. También es preciso señalar que la Oficina Zonal, de acuerdo a la línea de autoridad de la entidad (COFOPRI) rinde cuentas al Director de la Oficina de Coordinación Descentralizada.¹

c. El territorio que se solicitó formalizar se encuentra ubicado en la zona conocida como Tres Cruces, San Antonio - Cañete, y tiene una extensión total de 840,052 metros cuadrados. Cabe señalar que, según la acusación fiscal, los administrados solicitantes no ocupaban la totalidad de su extensión, pues sólo solicitaron la titulación de 30 hectáreas (300,000 metros cuadrados) pertenecientes a la localidad de Tres Cruces, San Antonio - Cañete. Es del caso, que el territorio materia del proceso administrativo estaba bajo la administración de la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN),² motivo por el cual COFOPRI solicitó, los días 23 de junio y 15 de julio de 2009, la transferencia del título de administración del predio en mención. Pedido que tiene sustento legal en la Primera Disposición Transitoria Complementaria del DL 1089, que menciona que los predios inscritos a favor del estado pasarán a la titularidad de COFOPRI cuando así



Foto: Peru21.pe

¹ Posición jerárquica que se muestra en el Manual de Organización y Funciones http://www.cofopri.gob.pe/pdf/MOF_modificado09.pdf.

² La SBN es un organismo Público descentralizado adscrito al Ministerio de Vivienda, su función consiste en la adquisición, disposición, administración, registro, y control de los bienes de propiedad estatal cuya administración está a su cargo. Para más información consultar en: http://www.sbn.gob.pe/sbn1/wla_institucion/frame_quienes.htm

lo requiera el caso de su competencia.

Luego de múltiples comunicaciones, el 04 de diciembre de 2009 la SBN contestó el requerimiento de COFOPRI de manera negativa, argumentando que la solicitud de transferencia del título de administración (y por ende de disposición) no resultaba viable todas vez que del proceso de verificación de algunos predios (bajo su administración), entre ellos el solicitado, no estaban habilitados conforme a la norma que establece los requisitos de habilitación de predios para actividades agropecuarias (régimen al que los administrados se acogieron para solicitar la titulación a su favor de las 30 hectáreas ubicadas en Cañete). De igual forma, se informó a COFOPRI que los predios se encuentran ocupados existiendo un requerimiento judicial para aclarar el dominio, donde se exige se revierta el predio a su estado original (pues los ocupantes habían realizado algunas precarias construcciones). Lo cual confirmaría que al momento de la solicitud, los administrados no tenían una ocupación pacífica del predio que intentaban formalizar a su favor, cuando ello era requisito indispensable para iniciar el respectivo trámite administrativo.

d. No obstante la respuesta de la SBN, el proceso administrativo siguió su curso. A decir de la fiscalía este acto irregular muestra la intención de los altos funcionarios de COFOPRI respecto de favorecer la solicitud de los administrados, pues se transfirió un predio que, entre otras observaciones, por su estado, no calzaba dentro de la exigencia normativa del Decreto Legislativo N° 1089, el mismo que otorga competencia a COFOPRI respecto de la titulación de predios eriazos habilitados para la actividad agropecuaria, cuando éste no era el caso.

e. Como resultado del procedimiento administrativo, con fecha 16 y 18 de diciembre de 2009, la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI otorgó los dos (2) títulos de propiedad rural de 15 hectáreas cada una que hacen un total de 30 hectáreas de tierras erizas adjudicadas por S/. 4,908.60 nuevos soles (S/. 2,454.30 c/u).

Cabe señalar que obra en autos los dictámenes periciales N° 013-2010 y N° 014-2010, de fecha 12 de mayo de 2010, donde se establece que cada uno de los predios titulados a favor del Sr. Chauca y otros, era de \$ 5, 550,000.00 c/u. Los beneficiarios de la adjudicación fueron los administrados Mary campos, Juan Quiñones, Oswaldo Chauca, María Salazar y Jorge Abanto, personas vinculadas a las solicitudes que Chauca y Salazar hicieran en abril de 2009.

f. A decir de la fiscalía existen serias irregularidades en el trámite de los expedientes administrativos, donde habrían intervenido altos funcionarios del Organismo Estatal de Formalización de la Propiedad Informal, como por ejemplo la realización de informes con contenido falso respecto de la habilitación para actividades agropecuarias de los predios adjudicados, así como la sustracción del trámite de los expedientes respecto del personal competente, a efectos de evitar cualquier cuestionamiento y/o fiscalización. Sin dejar de mencionar el ínfimo precio por el que se adjudicaron los predios. Dichas irregularidades son materia de acusación fiscal por específicos delitos, entre ellos, Colusión Desleal, Cohecho, Uso Indevido del Cargo, Falsedad Ideológica, entre otros.

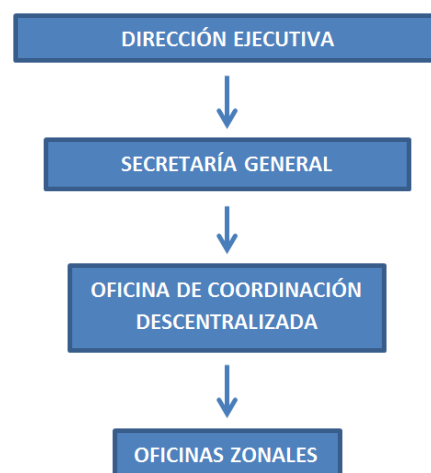
II. Organigrama de COFOPRI involucrado en el caso

a. De acuerdo con la Ley N° 28923, del 06 de diciembre de 2006, en su cuarta disposición complementaria, el Director Ejecutivo es la máxima autoridad de COFOPRI, ejerciendo la titularidad del pliego presupuestal.

b. Siendo que los funcionarios del organismo estatal de formalización de la propiedad informal son nombrados vía Resoluciones Supremas (art. 2° DL N° 803), parece del todo claro que se trata de personas con la calificación de funcionarios públicos. El artículo 8° de DL N° 803 menciona que el personal de COFOPRI está comprendido en el régimen laboral de la actividad privada, lo cual en nada afecta la consideración de funcionarios públicos a efectos

penales, de acuerdo al artículo 425°, 3 del Código Penal.

c. De acuerdo al Manual de organización y funciones de COFOPRI (http://www.cofopri.gob.pe/pdf/MOF_modificado09.pdf), cuya base legal son el DL N° 803, la Ley N° 27046 (que creó a COFOPRI), el DS N° 025-2007 que aprueba el reglamento de organización y funciones de COFOPRI, y la RS N° 008-2007 que aprueba el cuadro para la asignación de personal de COFOPRI, el organigrama de las oficinas y despachos involucrado en el caso objeto de proceso penal es el siguiente:



d. El objetivo general de COFOPRI es básicamente controlar y ejecutar el proceso de formalización de la propiedad predial y su mantenimiento en la formalidad. Para tal efecto, entre sus funciones está el saneamiento físico-legal para la titulación de predios del sector informal. En este sentido, la Dirección Ejecutiva es el órgano directivo técnico-administrativo de mayor jerarquía, dirige de manera integral el organismo de formalización de la propiedad informal. Depende jerárquicamente del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. En este orden, la Secretaria General es el órgano de mayor jerarquía a nivel administrativo de la entidad y se encarga de las direcciones de apoyo y asesoramiento, coordina la marcha de las tareas técnico-administrativas y supervisa las actividades de los órganos que realizan dichas acciones. Depende directamente de

la Dirección Ejecutiva.

La Oficina de Coordinación Descentralizada es el órgano responsable de asegurar la adecuada coordinación técnica y la optimización del soporte administrativo de los órganos desconcentrados (Oficinas Zonales). Supervisa, evalúa y controla el cumplimiento de las metas institucionales de las Oficinas Zonales. Está a cargo de un Director, el mismo que rinde cuentas ante la Secretaría General.

Finalmente, las Oficinas Zonales son las responsables de formular, coordinar, supervisar y ejecutar acciones administrativas, presupuestales y de desarrollo en el ámbito de su competencia. De acuerdo al art. 4° del DL 1089 y al art. 26° de su reglamento, es ante esta dependencia que debe solicitarse la titulación de predios eriazos habilitados e incorporados a la actividad agropecuaria al 31 de diciembre de 2004. Las Oficinas Zonales dependen jerárquicamente de la Dirección Ejecutiva y funcionalmente de La Oficina de Coordinación Descentralizada. El Jefe de la Oficina Zonal recibe órdenes del Director de la Oficina de Coordinación Descentralizada.

Respecto del proceso administrativo de titulación de predios materia de proceso penal, es necesario puntualizar sus respectivas etapas de tramitación a efectos de contar con una visión general de las competencias involucradas en el caso. De acuerdo al DL 1089 COFOPRI es competente para los procesos de titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas para la actividad agropecuaria con anterioridad al 31 de diciembre de 2004. Requisito indispensable para la tramitación de la solicitud de titulación es que la posesión de los predios sea continua, pública y pacífica. Así, los poseedores podrán solicitar al COFOPRI la regularización de su situación jurídica, mediante el procedimiento de adjudicación directa, previo pago del valor del terreno. De acuerdo al reglamento del DL 1089 (DS 032-2008-VIVIENDA), en su art. 24°, la adjudicación de predios rústicos

y tierras erizas habilitadas para la actividad agropecuaria tendrá como condición resolutoria el mantener sus fines agropecuarios por un plazo no menor de 05 años. Así mismo, en el art. 25° del Reglamento en mención se especifican las etapas del trámite de titulación de la siguiente manera:

1. Presentación de Solicitud: se realiza ante la Oficina Zonal. Se debe acompañar, entre otros documentos, documentos que acrediten la posesión del predio antes del 31 de diciembre de 2004.

2. Verificación de Documentos: la Oficina Zonal realiza la evaluación técnica y legal de los documentos.

3. Diagnóstico físico-legal: el diagnóstico físico-legal de la unidad territorial será elaborado y suscrito por un abogado y un ingeniero en ciencias agrarias. Del mismo modo, se solicita al Instituto Nacional de Cultura (INC) un informe acerca de la existencia de restos arqueológicos dentro de los predios solicitados.

4. Inspección de campo: con la finalidad de constatar que el predio ha sido habilitado para actividades agropecuarias, además de verificar que la posesión es continua, pacífica y pública.

5. Emisión del Informe Técnico e Informe Legal: el informe técnico contendrá lo recabado en la inspección de campo. La parte legal consiste en emitir opinión acerca del cumplimiento de los requisitos legales para acceder al procedimiento de titulación, emitiendo opinión acerca de la solicitud de los administrados.

6. Publicación: se realiza a efectos de que terceros puedan oponerse al trámite siempre que exista legítimo interés en los predios.

7. Notificación de venta directa: presupone un proceso de valorización, la cual se solicita al Ministerio de Vivienda. La valoración se lleva a cabo de acuerdo a los valores arancelarios. Una vez determinado el valor del predio, se notifica al administrado.

8. Otorgamiento del título de

propiedad. Cabe añadir que este mecanismo de tramitación se lleva a cabo bajo la competencia de la Oficina Zonal, que en el caso concreto fue la de Lima y Callao. En concreto son las, así denominadas, Brigadas TUPA (brigadas - Texto único de procedimientos administrativos de titulación de tierras y catastro rural - Decreto Supremo 010-2006-AG, y sus modificatorias) quienes ejecutan los distintos pasos del trámite de titulación antes detallado. Las Oficinas Zonales están compuestas por un especialista legal, uno agrónomo, uno en formalización, uno en catastro, entre otros.

III. Acusación Fiscal: delitos atribuidos a los funcionarios públicos

a. Julio Calderón: Jefe de la Oficina Descentralizada de COFOPRI hasta octubre de 2009, pues en dicha fecha fue nombrado Secretario General de la entidad estatal mencionada. Dentro de sus funciones como Jefe de la Oficina Descentralizada de COFOPRI estaba el supervisar a las Oficinas Zonales (art. 12° del reglamento de organización y funciones de COFOPRI, DS N° 025-2007 VIVIENDA), en específico la de Lima y Callao, que es donde se realizó la solicitud de titulación de las 30 hectáreas ubicadas en el distrito de Cañete.

Delitos atribuidos y fundamento de la fiscalía

Delito de "aprovechamiento indebido del cargo" (art. 399° del Código Penal), atribuido a título de autor. En efecto, a decir de la fiscalía el acusado se interesó en los procesos administrativos iniciados por Oswaldo Chauca y María Salazar, cuando sobre aquello sólo tenía competencia la Oficina Zonal de Lima y Callao. Según las declaraciones de Cesar Castagne (funcionario público de COFOPRI miembro de la Oficina Zonal de Lima y Callao, que en enero de 2010 fue ascendido como Supervisor de la Oficina Zonal de Lima y Callao) por órdenes de Calderón requirió los expedientes n° 2009-032366 y n° 2009-032375 que estaban a cargo de Henry Julca y Erika

Serrano, miembros de una Brigada - TUPA a la cual se le había asignado la tramitación de los expedientes administrativos mencionados, con la finalidad de anular cualquier informe físico-legal que pudiese perjudicar la tramitación de las solicitudes de titulación de los administrados.

De igual forma, el Sr. Castagne manifiesta haber suscrito un informe técnico sobre los predios materia de solicitud de titulación, cuando en realidad jamás participó en la elaboración de dicho documento. Así actuó por presión de Erika Serrano quien le dijo que por órdenes de Calderón la aprobación del informe era urgente. Henry Julca (ingeniero integrante de la brigada TUPA involucrada en el caso) manifestó, de igual forma, que Castagne se presentó ante su despacho para solicitar los expedientes, mencionando que venía de parte del Sr. Calderón.

El Sr. Castagne con fecha 24 de junio de 2009 realizó una visita de campo al predio materia de solicitud administrativa (según la fiscalía, lo hizo a bordo de la camioneta del Sr. Chauca), suscribiendo un informe favorable acerca de las características de los predios y respecto de estar habilitados para la actividad agropecuaria. Asimismo, según la fiscalía, Calderón habría aprovechado su cargo para direccionar qué persona se haría cargo de los expedientes. Esto se evidenciaría por el memorándum N° 649-2000 del 27 de mayo de 2009, de acuerdo con el cual Julio Calderón, como director de la Oficina de Coordinación Descentralizada, se dirigió al director de la Oficina de Administración para comunicarle que Cesar Castagne pasaba de la dirección de Catastro a la Oficina de Lima y Callao, es decir, adquiriría potestades sobre la tramitación de los expedientes.

Así las cosas, Julio Calderón se abocó a la tramitación, impidiendo cualquier conducta de supervisión y/o fiscalización sobre la legitimidad del pedido de titulación, de los expedientes n° 2009-032366 y n° 2009-032375, cuando aquello no

le correspondía de acuerdo a sus funciones detalladas supra como Director de la Oficina de Coordinación Descentralizada, menos como Secretario General de COFOPRI. Al sustraer aquellos expedientes de la brigada TUPA designada, es que se pudo obviar el informe realizado por el Sr. Julca el día 05 de junio de 2009, donde se realizaba serias observaciones respecto de la habilitación para la actividad agropecuaria de los predios eriazos materia del proceso administrativo, observación de suma importancia, pues, como se mencionó, las características mencionadas son condiciones indispensables para el trámite realizado por el Sr. Chauca y la Sra. Salazar ante COFOPRI.

Delito de Cohecho Pasivo propio (art. 393 del CP), atribuido a título de autor. Según la Primera Fiscalía Superior especializada en delitos de corrupción de funcionarios, el Sr. Calderón en su calidad de Jefe de Coordinación Descentralizada de COFOPRI coadyuvó a que los administrados Oswaldo Chauca y María Salazar (además de los demás beneficiados) se beneficiaran con títulos de propiedad presuntamente ilegítimos, por la forma en que se llevó a cabo el proceso administrativo. En ese sentido, se atribuye a Julio Calderón el haber infringido el normal desarrollo de las etapas del procedimiento de titulación establecidas en la ley, pues COFOPRI dio trámite a unos expedientes sin que los solicitantes levantasen las observaciones realizadas por autoridad competente respecto de sus documentos. Además, se tituló predios que no estaban habilitados para la actividad agropecuaria y tampoco se ejercía sobre ellos una posesión pacífica, con lo cual, en el caso concreto, COFOPRI actuó sin competencia para otorgar los títulos de propiedad. Indicios razonables de que el Sr. Calderón habría recibido, aceptado donativo, promesa o cualquiera otra ventaja por parte de los administrados involucrados en el procedimiento administrativo al que él se avocó de forma extraordinaria. Delito de Colusión Desleal (art. 384° del Código Penal). Se atribuye el

delito en calidad de autor. Según los resultados de la investigación preparatoria, para la fiscalía el Sr. Calderón en su condición de Jefe de la Oficina de Coordinación Descentralizada y Secretario General de COFOPRI dominó permanentemente el escenario en el cual se desarrollaron los hechos irregulares materia de juzgamiento. Se valoraron declaraciones de distintos implicados y testigos, las mismas que apuntan a establecer el nivel de control del funcionario público acusado respecto de distintos actos administrativos en la tramitación de las solicitudes de titulación que realizaran los administrados ante COFOPRI. Esta afirmación quedaría fundamentada en las declaraciones antes señaladas de los funcionarios Castagne, Julca, Hidalgo y Vilchez (trabajadores de la Oficina Zonal de Lima y Callao).

b. Hernando Hidalgo: se desempeñaba como Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao. Entre sus funciones, de acuerdo al DS N° 025-2007-VIVIENDA, estaba las de formular, coordinar, ejecutar y supervisar las acciones administrativas, en el caso concreto, respecto de las solicitudes de titulación de predios informales.

Delitos atribuidos y fundamento de la fiscalía

Delito de aprovechamiento indebido del cargo (art. 399° del CP). Se le atribuye el delito en calidad de autor, en razón que, según la fiscalía, el funcionario Hidalgo se habría interesado de forma indebida y directa en los procesos administrativos n° 2009-032366 y n° 2009-032375.

La fiscalía funda su imputación advirtiendo el hecho de que el acusado suscribió dos oficios ambos de fecha 05 de junio de 2009 mediante los cuales tipificaba que las solicitudes administrativas n° 2009-032366 y n° 2009-032375 se encontraban dentro de las que se enmarcan en los procedimientos de "formalización y titulación de tierras erizas habilitadas e incorporadas a

la actividad agropecuaria al 31 de diciembre de 2004". Ello a pesar que existían informes suscritos sobre los expedientes administrativos donde se advertían observaciones respecto de las solicitudes realizadas. Sin embargo, y a sabiendas que las observaciones antes indicadas no habían sido subsanadas por los administrados, el Sr. Hidalgo programó una visita de campo a los predios materia de proceso administrativo para el día 24 de junio de 2009.

De otro lado, la SBN (Superintendencia de Bienes Nacionales) mediante oficio N° 8866-2009/SBN-GO-JAR de fecha 20 de agosto y reiterativo de fecha 25 de setiembre del mismo año, solicitó al jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao, señor Hernando Hidalgo, que informara sobre los actos de formalización que realizarán en el predio sub-materia. La SBN le informó que, de acuerdo con sus investigaciones, el predio objeto del procedimiento de titulación, se encontraba ocupado por tercero y que existía un proceso judicial iniciado, en el que se solicitaba se aclare el dominio del predio y se revierta a su estado original. A su vez, mediante oficio N° 17300-2009-COFOPRI/OZLC de fecha 22 de octubre de 2009, el Sr. Hidalgo comunica a la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN) que en virtud del DL N° 1089 concordado con lo previsto en el DS N° 032-2008, COFOPRI asumirá la titularidad de los predios materia de cuestionamiento. La SBN respondió con fecha 04 de diciembre de 2009 que el terreno en cuestión no se encuentra habilitado a fin de integrarlo a la actividad agrícola. Finalmente, a pesar de conocer que se trataba de terrenos no habilitados, Hernando Hidalgo expidió resoluciones administrativas mediante las cuales se otorgó el título de propiedad rural registrada de tierras eriazas habilitadas a favor de Oswaldo Chauca y otros, suscribiendo los títulos de propiedad respectivos.

Delito de cohecho pasivo propio (art. 393 del CP). Delito atribuido en calidad de autor. El Ministerio

Público entiende que el Sr. Hidalgo en su calidad de Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao, teniendo como funciones las de supervisar las acciones administrativas de su competencia y siendo que las solicitudes de titulación de predios eriazos habilitados se realizaron ante su oficina, habría realizado actos contrarios a sus funciones con el fin de favorecer a las administrados solicitantes, lo cual hace presumir razonablemente a la fiscalía que el funcionario en mención habría aceptado promesa, beneficio o alguna ventaja indebida.³ Las irregularidades que fundan la imputación del delito en mención son las mismas que rodean al caso en general, es decir, haber dado trámite a unos expedientes con observaciones y haber actuado por sobre las competencias de COFOPRI, pues se pudo determinar que los territorios materia del proceso administrativo no estaban habilitados conforme a ley.

Delito de Colusión Desleal (art. 384° del CP). Se le atribuye este delito en calidad de autor. En su condición de Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao expidió las resoluciones administrativas mediante las cuales se otorgaron dos títulos de propiedad a sabiendas de que los expedientes administrativos que solicitaban la formalización de tierras no contaban con los requisitos exigidos por la ley como el hecho de no tratarse de predios habilitados para actividades agropecuarias o el no poseerlos de manera pública, pacífica y continuada. Además, obra en autos dos oficios, del 12 de octubre de 2009, suscritos por el Jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao (Sr. Hidalgo), donde se realizan ofertas de venta de los predios en cuestión a las personas de Oswaldo Chauca y María Salazar (entre otras). Sin embargo, la tasación de los predios se llevó a cabo recién hasta el 23 de octubre y se notificó el 27 del mismo mes. Lo cual prueba que se ofreció el precio de las tierras antes de que éstas sean tasadas oficialmente, algo que permite inferir al Ministerio Público que existió algún tipo de concertación de intereses entre los administrados y los funcionarios

públicos competentes.

Delito de Omisión de Funciones (art. 377° CP). Se le atribuye este delito en calidad de autor. El Sr. Hidalgo en su calidad de Jefe Zonal de Lima y Callao tenía la función de supervisar las acciones administrativas respecto de la oficina receptora de las solicitudes de titulación materia del proceso penal. En específico, no controló los trámites de las solicitudes n° 2009032375 y n° 2009032366, por el contrario permitió que se emita los títulos de propiedad sin que dichas solicitudes cumplan con los requisitos exigidos por ley.

c. César Castagne: Supervisor de la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI y Erika Serrano, asesora legal del área TUPA cuya función era evaluar los expedientes administrativos, respecto de los temas legales. La fiscalía atribuye a ambos funcionarios los mismos delitos: cohecho pasivo propio (art. 393° CP), colusión desleal (art. 384° del CP) y falsedad ideológica (428° CP).

Delito de cohecho pasivo propio (art. 393° del CP). Según el argumento de la fiscalía, a pesar de no haber conformado una Brigada TUPA y aprovechando el cargo que desempeñaba, el Sr. Castagne suscribió, junto con Erika Serrano, infringiendo ambos sus obligaciones, los informes técnicos de fecha 22 y 23 de julio de 2009, en relación a las expedientes n° 2009-032366 y n° 2009-032375, sin que los administrados solicitantes hayan levantado las observaciones realizadas sobre sus documentos con fecha 05 de junio de 2009. En los mencionados informes, el Sr. Castagne y la abogada Erika Serrano avalan que los predios materia de solicitud de formalización cuentan con una infraestructura adecuada para la actividad pecuaria, siendo que la posesión del terreno se lleva a cabo de forma directa, continua y pública, por tanto, se es de opinión favorable para efectos de que se continúe con el trámite administrativo respecto de ambas unidades catastrales materia

³ Acusación Fiscal, fj. 10,902.

de solicitud de titulación, que en total sumaban 30 hectáreas.

Cabe recordar que el señor Julca con fecha 5 de junio de 2009 elaboró dos informes donde se realizaron observaciones respecto de los expedientes administrativos. No obstante ello, los expedientes fueron derivados hacia el Sr. Castagne, por órdenes verbales de Julio Calderón. Resulta evidente que el Sr. Castagne, junto a su coprocesada Erika Serrano, suscribieron aquellos informes sin tener en cuenta las observaciones expuestas en el informe que uno de la Brigada TUPA competente había elaborado.

Finalmente la fiscalía señala que el funcionario Castagne solicitó la inscripción de los predios en cuestión ante la SUNARP, mediante documento de fecha 22 de diciembre de 2009, aunque esta función no era de su competencia. Asimismo, el Sr. Castagne, con fecha 03 de febrero de 2010, suscribió los Certificados de Información Catastral donde señala como titulares de las unidades catastrales correspondiente a dos predios de la localidad de San Antonio - Cañete, al Sr. Oswaldo Chauca y a la Sra. María Salazar (y los demás beneficiados del proceso administrativo), a pesar que en enero de 2010 ya había sido designado como Supervisor de la Oficina Zonal de Lima y Callao, esto es, había asumido otro tipo de competencias.

Es a partir de estas consideraciones que la fiscalía concluye que el referido acusado, junto con la Sra. Serrano, habrían aceptado una ventaja o beneficio para realizar actos en contra de sus obligaciones respectivamente.

Delito de Colusión Desleal (art. 384° CP). Se les atribuye este delito en calidad de autores. Como se ha mencionado en las líneas precedentes, el Sr. Castagne habría suscrito, junto con Erika Serrano (pues la abogada como miembro de la Brigada TUPA no suscribió el informe del Sr. Julca, que es donde se observaban los expedientes), informes favorables para los administrados procesados. Este acto podría mostrar, según la fiscalía, el nivel de concertación con

los administrados y su participación en aquella ilícita convergencia de intereses.

Delito de Falsedad ideológica (art. 428° CP). De acuerdo con el Ministerio Público, el Sr. Castagne, junto con Erika Serrano, insertó (pues suscribió los informes en cuestión) declaraciones falsas en un instrumento público, esto es, informes técnicos acerca de la idoneidad legal de los predios materia de solicitud de formalización ante COFOPRI. En aquellos informes se menciona que la posesión de los predios fue pacífica, que aquellos estaban habilitados e incorporados a la actividad agropecuaria y que no existían sitios o zonas arqueológicas dentro de sus perímetros. Información que resultó ser falsa, conforme a las investigaciones realizadas en el proceso penal, y a las declaraciones de los propios procesados.

d. Paul Hervacio: Supervisor de la Unidad de Catastro de la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI, participó en las asignaciones de la unidad catastral de los predios solicitados por Oswaldo Chauca y por María Salazar, y en la emisión de los títulos de propiedad, otorgando el formato respectivo.

Delito de cohecho pasivo propio (art. 393° del CP). El Sr. Hervacio tenía la función de verificar datos técnicos de los procedimientos que se llevaban en la oficina zonal, de emitir certificados de información catastral, de llenar formatos de títulos de propiedad, entre otros. Era el encargado de expedir los certificados de adjudicación para lo cual tenía que tener el expediente correspondiente a la vista y así verificar los detalles técnicos del trámite realizado. Sin embargo, según la fiscalía, expidió los títulos de adjudicación a favor de los administrados Oswaldo Chauca y María Salazar con la sola presentación del voucher de pago de derechos arancelarios.

Delito de Colusión Desleal (art. 384° CP). Tal como se mencionó, el Sr. Hervacio en su condición de supervisor de la Unidad de Catastro de la Oficina Zonal de Lima y Callao,

participó en las asignaciones de las unidades catastrales de los predios ocupados por el Sr. Chauca y los demás administrados implicados en el proceso penal. Así mismo emitió los formatos de títulos de propiedad, sin tener a la vista el expediente principal ni el informe técnico legal ni la constancia de adecuación, documentos exigidos por la ley (art. 20° del reglamento del DI 1089, DS 032-2008-VIVIENDA) para realizar las acciones de las que era competente. Además, a decir de la fiscalía, se advierte que la fecha del título de propiedad fue anterior a la resolución que resolvió su otorgamiento. Todas éstas circunstancias probarían, de acuerdo con la fiscalía, la existencia de un acuerdo colusorio entre éste funcionario y los beneficiados de sus resoluciones.

IV. Delitos atribuidos a los administrados según acusación fiscal

Oswaldo Chauca, Mery Campos, Ana Salazar, Juan Quiñones y Jorge Abanto, todos administrados, solicitaron la formalización de dos predios de 15 hectáreas cada uno.

Delito de colusión (384° del CP)

Se les atribuye este delito en calidad de cómplices primarios. De acuerdo con la Primera Fiscalía Superior especializada en delitos de corrupción de funcionarios y teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, los administrados (extraneus) se habrían concertado con los funcionarios públicos acusados en este caso a efectos de conseguir la titulación de los predios referidos, a un precio irrisorio de S/. 2,454.30 cada uno.

El argumento principal que lleva a la fiscalía para imputar la comisión de Colusión contra los administrados es que aquellos realizaron el trámite de titulación de predios eriazos ante COFOPRI a sabiendas que las características intrínsecas de los terrenos, así como la forma de ocupación de los mismos, no se correspondían con las exigencias legales correspondientes. En específico, aquellos predios no estaban habilitados e incorporados

a la actividad agropecuaria y la posesión no era pacífica (pues el propio Oswaldo Chauca declaró que tenía pendientes procesos judiciales de naturaleza civil y penal, lo último por tentativa de turbación de posesión).

De otro lado, según la fiscalía, existen elementos de prueba que acreditarían que una vez recibidos los títulos de propiedad, los acusados vendieron los predios adquiridos. Esta circunstancia probaría que los procesados realizaron actos jurídicos a favor de terceros con la finalidad de que en el futuro éstos puedan invocar buena fe registral, y mantener los predios, aunque posteriormente se declare nulo el título obtenido fraudulentamente ante COFOPRI. Además del beneficio económico de la venta.

Delito de cohecho activo genérico (art. 397 del CP)

La fiscalía deduce, a partir de la actuación gravemente irregular de los funcionarios en el proceso de formalización y titulación de tierras eriazas iniciada por los administrados, que éstos efectuaron promesas o ventajas ilícitas a aquellos funcionarios para que incumplan sus obligaciones y otorguen irregularmente títulos de propiedad. De acuerdo con la fiscalía ningún funcionario o servidor público tiende a realizar actos que violen el cumplimiento de sus deberes funcionales, sin ningún tipo de motivación que lo impulse o anime a ello.

Delito de falsedad genérica (art. 427 del CP)

A decir de la fiscalía, el hecho punible materia de esta última imputación radica en que los administrados simulaban el cumplimiento de los requisitos intrínsecos para iniciar un proceso de formalización y titulación de tierras eriazas. En ese sentido, se alteró la verdad intencionalmente, para luego disponer de los predios adjudicados, dando la posibilidad a los nuevos adquirientes de oponer el principio de buena fe registral ante eventuales acciones por parte del

Estado y posteriormente recuperar aquellas tierras irregularmente otorgadas.

V. Perjuicio Económico: delito de Colusión

Obra en el expediente los dictámenes periciales N° 013-2010 y N° 014-2010, de fecha 12 de mayo de 2010, donde se establece que cada uno de los predios titulados a favor del Sr. Chauca y otros, era de \$ 5, 550,000.00 c/u y no de S/. 2, 454.00. El perjuicio económico del Estado también se expresa en el hecho de que los administrados beneficiados con las adjudicaciones de predios vendieron los mismos, con lo cual la eventual recuperación por parte del Estado de aquellos terrenos ilegalmente adjudicados, se tornaría inviable, pues los nuevos propietarios podrían invocar buena fe registral, manteniendo así sus títulos reales.

VI. Análisis del Caso: tipos penales y conductas típicas

Tres aspectos relevantes observamos en el presente caso y que, de alguna manera, la Sala Penal Superior podría analizar al momento de resolver y de determinar la realización o no de los delitos imputados y la responsabilidad o no de los funcionarios y particulares involucrados. Estos son los siguientes:

- La ley penal aplicable ante la sucesión de modificaciones en el tiempo del delito de colusión.
- El problema de concurrencia de los delitos de cohecho y colusión.
- La prueba en este tipo de delitos contra la administración pública.

A. Ley penal aplicable en el delito de colusión

Los hechos materia de juzgamiento ocurrieron en el año 2009, cuando la redacción del tipo penal en comentario era el siguiente:

“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley,

concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.

Sin embargo, a la fecha actual, la redacción del tipo penal en comentario ha sido modificada más de una vez. Así en mayo de 2011 con la Ley N° 29703 se estipulaba que el delito de Colusión requiere que en la concertación ilegal entre el servidor o funcionario público y los interesados en las contrataciones o negocios públicos “se defraude patrimonialmente al Estado”. Así mismo, la ley en mención agravaba la pena en su mínimo, de tres a seis años. Luego, en julio de los corrientes la Ley N° 29758 volvió a modificar la redacción del art. 384° del Código Penal, dividiendo los supuestos de hecho en, según la ley, colusión simple (primer párrafo: “concertarse para defraudar al Estado”) y colusión agravada (segundo párrafo: “defraude patrimonialmente al Estado”). Para éste último supuesto se contempla una pena más grave que va de 6 a 15 años.

Una revisión de las diversas redacciones de esta figura penal, incluyendo la actualmente vigente, nos revela que la conducta de concertación ilícita (con los terceros interesados) siempre ha estado prohibida, es decir siempre ha constituido un delito. Las modificaciones han pretendido alcanzar esencialmente al resultado típico. En efecto, la modificación introducida por la Ley 29703, de acuerdo con la interpretación efectuada por el propio legislador,⁴ debía suponer la restricción del delito de colusión a casos en los que se verificara un perjuicio patrimonial al Estado. Bajo esta interpretación los casos en los que no se verificara tal perjuicio serían atípicos (es decir no serían delitos) o en el peor de los casos sólo una tentativa de delito. Cabe mencionar que tanto la redacción original del artículo 384° del Código del 1991⁵ como la actual redacción modificada de la Ley 29758 permiten la sanción penal a

⁴ Hemos manifestado nuestro desacuerdo en el boletín N° 4.

ambas modalidades del delito de colusión: la simple concertación ilícita que se oriente, aunque no se consiga el objetivo, a perjudicar el patrimonio administrado por el Estado y la concertación que efectivamente perjudique dicho patrimonio.

Dado que los hechos que son imputados por el fiscal en el presente caso suponen un perjuicio efectivo al patrimonio administrado por el Estado (ver punto V) resultan irrelevantes los cambios que las leyes 29703 y 29758 introdujeron al delito de colusión. Es decir, en ese aspecto se mantendría una continuidad del ámbito de lo prohibido.

En cambio la pena prevista para este delito sí ha sido objeto de reforma por la sucesión de leyes antes mencionada. La Ley 29703 aumenta de pena a imponer en su mínimo legal a 6 años y la Ley 29758, específicamente el segundo párrafo, igualmente aumenta la pena de 6 a 15 años. En consecuencia dado que se trata de leyes penales desfavorables para los procesados, por el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, tales penas no serían aplicables, sino la prevista en el texto original del CP de 1991, es decir, de tres a quince años).

B. El problema de la concurrencia del delito de colusión y cohecho en el presente caso

No existe mayor duda ni en la doctrina ni en la jurisprudencia penal con relación al tipo de concurrencia entre el delito de colusión y el delito de cohecho. En efecto, tanto Castillo Alva⁶ como Rojas Vargas en la doctrina

nacional consideran que estamos ante un concurso real (o ideal) de delitos, es decir, descartan la posibilidad de un concurso aparente de delitos. De igual opinión son Morales Prats y Rodríguez,⁷ en la doctrina española. Se precisa, sin embargo, que en el caso de la colusión lo importante radica en la concertación ilegal con los particulares interesados mientras que en el cohecho lo importante radica en la recepción de una ventaja patrimonial o de la aceptación de la promesa o dádiva a cambio de incumplir sus obligaciones. No aparecen en dichos autores mayores fundamentos.

Semejante tratamiento se aprecia en la jurisprudencia nacional cuando reconoce la posibilidad de aplicar simultáneamente ambas figuras penales.⁸

En nuestro concepto, siguiendo la opinión de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia nacional, no puede considerarse que el delito de colusión absorba el delito de cohecho o que el delito de cohecho sea un delito residual respecto de otros delitos contra la administración pública. El fundamento de estas afirmaciones radica en las diferencias entre los bienes jurídicos protegidos por sendos tipos penales y por el diferente contenido de injusto de ambas figuras delictivas. El delito de cohecho (propio) protege no sólo la imparcialidad en el ejercicio de la función pública⁹ sino también la gratuidad del propio ejercicio de la función.¹⁰ En cambio el delito de colusión protege en nuestra opinión, a diferencia de la posición de un sector de la doctrina nacional,¹¹ el regular, transparente, imparcial y correcto funcionamiento de la función

pública, pero referida a la protección del patrimonio administrado por el Estado. La gratuidad de la prestación pública en el caso del cohecho y la referencia al patrimonio administrado por el Estado son los aspectos del bien jurídico respectivo que diferencia a las dos figuras penales. A ello debe agregarse el diferente contenido del injusto específicamente marcado por la diferencia en el desvalor de la conducta. En la colusión lo relevante radica en la concertación con los terceros interesados en un procedimiento de provisión o asignación de bienes o servicios para o desde Estado, mientras que en el cohecho lo relevante radica en la solicitud o recepción de dádivas, promesas o ventajas relacionados al ejercicio de la función, sin delimitar ningún contexto.

Desde esta perspectiva, la relación entre ambos tipos penales es la de un concurso ideal (si la concertación coincide con el momento de la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa) o un concurso real si tales momentos no coinciden en el tiempo.

C. La prueba en los delitos de colusión o cohecho

El caso que analizamos presenta, al igual que la mayor parte de casos que se juzgan por delitos contra la administración pública, el problema de apelar a la prueba indiciaria o prueba indirecta como mecanismo procesal para acreditar la existencia de un evento delictivo, sobre todo de delitos como el cohecho pasivo o el delito de colusión. En ambos casos, además de probar los elementos típicos contextuales hay que probar, en el

5 Ver boletín N° 4, donde se da cuenta de las diversas interpretaciones (desde la exigencia de un perjuicio hasta la simple concertación para defraudar) que permitía dicha redacción típica.

6 CASTILLO ALVA, José Luis. "Colusión ilegal", en: *El delito de colusión*, Grijley/Loli Portocarrero, Lima, 2008, p. 180, considera que la modalidad concursal más frecuente del delito de colusión ilegal (...) es el delito de cohecho, toda vez que la concertación se pacta a cambio de un beneficio para el funcionario que participa en la negociación, en la tramitación, celebración o ejecución del contrato".

7 Estos autores señalan que "es posible un concurso con el delito de cohecho (...). En estos casos el acuerdo además de la causación de un perjuicio a la administración (...), implicará la obtención de una ventaja económica por parte del funcionario como contraprestación" ver en MORALES PRATS, Fermín y RODRIGUEZ PUERTA, María José. "Capítulo VIII. De los fraudes y exacciones ilegales", en: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Directores: Morales Prats y Quintero Olivares), Thomson/Arazandi, Navarra, 2007, p. 1717.

8 Al respecto ver las ejecutorias supremas recaídas en el RN N° 1477-2004 de 1 de marzo de 2005. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 181.

9 Sobre este bien jurídico por todos RODRIGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal*, Ed. Arazandi, Pamplona, 1999. De la misma opinión ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública*.

10 Esta sería la nota común entre el cohecho pasivo propio y el cohecho pasivo impropio.

11 CASTILLO ALVA Y ABANTO VASQUEZ que señalan que lo protegido es el patrimonio del estado.

caso del delito de cohecho pasivo, el pago, la aceptación de una dación o de una promesa o de una ventaja económica por parte del funcionario público. En el caso del delito de colusión, la fiscalía tendría que lograr acreditar, entre otros elementos del tipo, principalmente, el acuerdo colusorio, esto es, la existencia de una reunión irregular entre un funcionario vinculado al proceso de contratación y un particular que accede a un procedimiento para la obtención de una concesión, titulación o la regularización de un determinado predio con el objeto de obtener beneficios particulares en perjuicio del interés económico administrado por el Estado. Ambos objetos de prueba resultan sumamente difíciles de acreditar dada la clandestinidad de los actos anteriormente descritos.¹² En esa perspectiva, resulta recomendable o conveniente acudir a la prueba indirecta o indiciaria, evidentemente cumpliendo los requisitos que ésta plantea para su validez. Veamos estos requisitos enseguida.

Tanto el Acuerdo Plenario N° 1-2006 ES/ 22 de octubre de 2006 como la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de octubre de 2008 recaída en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC (Caso Llamuja) señalan los requisitos para la validez de la prueba indiciaria, como prueba de cargo susceptible de quebrar la presunción de inocencia. Estos son los siguientes:

a. Indicio plenamente probado. Esto supone que los hechos que nos sirven de base para deducir posteriormente la realización del hecho delictivo y la responsabilidad del agente deben estar plenamente probados.

b. Pluralidad de indicios. La regla indica que deben evidenciarse varios indicios concomitantes, interrelacionados y pertinentes. Cabe la posibilidad de un único indicio pero debe poseer una singular fuerza acreditativa.

c. La inferencia o razonamiento¹³ entre el hecho indiciario (debidamente probado) y la conclusión o el delito que se pretende acreditar (además de la responsabilidad del agente). Este último elemento resulta de suma importancia para el caso que ahora analizamos dado que el fiscal se fundamenta en su acusación fiscal utilizando prueba indiciaria, la misma que, como indicamos, debe llevarnos a través de una inferencia a una conclusión directamente referida al hecho delictivo y a la responsabilidad del agente. Esta inferencia o razonamiento debe estar asentado en reglas de la lógica y de la experiencia.

La razonabilidad o atendibilidad¹⁴ de la máxima de la experiencia depende de si tal máxima se encuentra asentada o no en conocimientos generales o en conocimientos científicos. En otras palabras, la máxima de la experiencia será atendible si nos permite justificar, a partir del conjunto de la prueba indiciaria acreditada, que la realización del delito y la atribución al imputado se efectuó con una probabilidad tal que nos permita entender que se trata de la única conclusión razonable.¹⁵

Evidentemente no debe haber elementos probatorios que contradigan y generen contraindicios que reviertan razonablemente la tesis de la imputación penal. En otras palabras, los elementos probatorios señalados no deben tener la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión del órgano judicial.¹⁶

Volviendo al caso que es objeto de nuestro estudio, el Fiscal en su acusación considera que los elementos probatorios que se actuarán en el contradictorio acreditarán los siguientes hechos:

- Plenas irregularidades en el procedimiento administrativo de adjudicación de títulos de propiedad de los predios ubicados en la localidad de San Antonio - Cañete, que juntos suman la extensión de 30 hectáreas,

que el Organismo de Formalización de la Propiedad (COFOPRI) realizó en beneficio de los administrados solicitantes Oscar Chauca y María Salazar.

- Tales irregularidades condujeron efectivamente a titularizar dos predios asignándoles un valor de S/. 2, 454.00 nuevos soles cada uno, cuando el valor de cada terreno sobrepasaba los 5 millones de dólares, es decir se tendría por acreditado el perjuicio al estado.

- Existencia de un interés especial de los funcionarios Calderón, Castagne, Hidalgo, Serrano y Herbacio sobre el procedimiento antes mencionado el mismo que resolvió de manera inusualmente rápida e irregular otorgar la propiedad de los predios a favor de Mary campos, Juan Quiñones, Oswaldo Chauca, María Salazar y Jorge Abanto.

A partir de todos los hechos (indicios) antes mencionados y que el Fiscal proyecta serán probados en fase de juicio oral, aquel considera o concluye que hubo un acuerdo colusorio, perjudicial para los intereses patrimoniales administrados por el Estado, entre los funcionarios mencionados y los usuarios Chauca Navarro y María Salazar, perjudicial para los intereses patrimoniales del Estado. Asimismo concluye que tales funcionarios recibieron una donación o ventaja a cambio de incumplir sus obligaciones. A esta conclusión la fiscalía llega por medio de una máxima de la experiencia: resulta improbable o muy improbable que el grave incumplimiento de deberes funcionariales respecto del procedimiento administrativo mencionado se haya realizado sin una motivación patrimonial ofrecida o acordada con los usuarios interesados. Esto presupone evidentemente un acuerdo previo entre ambas partes: funcionarios y terceros interesados.

En nuestro concepto, si los elementos

12 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *La persecución penal de la corrupción política en el Perú*, JUS Doctrina & Jurisprudencia, Julio-2007, pp. 104.

13 PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo blach, Valencia, 2003, p. 42

14 FERNÁNDEZ LOPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*, Lustel, Madrid, 2005, p. 261 y 262.

15 *Ibidem*, p. 262

16 *Ibidem*, p. 263

probatorios que se proponen son corroborados en el contradictorio, la máxima de la experiencia utilizada por el fiscal nos permitiría llegar a una conclusión suficientemente probable relacionada con la existencia de un acuerdo colusorio y, además, que los funcionarios recibieron una ventaja o

aceptaron una promesa patrimonial. Evidentemente con el primer caso (el acuerdo colusorio) la Corte Suprema en una serie de ejecutorias supremas ha acreditado dicho acuerdo a través de la verificación de una pluralidad de infracciones al procedimiento administrativo o de

la gravedad de alguna de ellas.¹⁷ Si estas circunstancias se evidencian será muy difícil encontrar una hipótesis alternativa a la del fiscal que la contradiga, salvo que esta sea fundamentada debidamente por los imputados y genere una duda razonable en el juzgador.

17 Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2161-2002, N° 1060-2003, N° 284-2003, entre otras.

NOTICIAS DESTACADAS

JULIO Y AGOSTO (haz clic en el título para acceder al contenido)

Corte Suprema confirma sentencia a Fujimori por pago de CTS a Montesinos

La República (26/7/11)

De recuperarse dinero robado en los 90, habría suficiente para programas sociales

La República (02/08/11)

Defensor del Pueblo exige medidas drásticas contra corrupción en penales

La República: (16/8/11)

Fiscalía archiva denuncias contra Fernando Barrios

El Comercio (15/8/11)

ONU ofrece ayudar al Perú a recuperar fondos sustraídos por actos de corrupción

La República (15/8/11)

Sala Penal programa careo entre Carlos Raffo y Vladimiro Montesinos

La República (15/8/11)

Contraloría presenta cinco proyectos de ley para fortalecer lucha contra la corrupción

Diario 16 (25/8/11)
