



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Boletín N° 19

## PROYECTO ANTICORRUPCIÓN

Noviembre de 2012



### PRESENTACIÓN

### CONTENIDO

## El Plan Nacional de Lucha contra la corrupción: posibilidades y límites

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

El gobierno aprobó mediante Decreto Supremo N° 119-2012-PCM el Plan Nacional de Lucha contra la corrupción 2012 – 2012. Se trata de un documento que, al menos en su estructura y formulación, resulta un instrumento con mayores ventajas que el Plan anterior que rigió la actuación gubernamental durante el periodo 2008-2011 y debería convertirse en el instrumento más importante del Estado para dar algunos pasos adelante en la prevención y represión de las graves y extendidas prácticas de corrupción que afectan nuestra gobernabilidad democrática. Saludamos desde aquí a la Comisión de Alto Nivel (CAN) que ha impulsado centralmente el esfuerzo participativo (estamentos del Estado junto con la sociedad civil) para obtener el documento que ahora comentamos.

Efectivamente, el Plan no sólo formula conceptos adecuados sobre la corrupción y centra los enfoques preventivos y de combate contra la corrupción como formas complementarias para avanzar en ese combate, sino que además describe un diagnóstico, aunque excesivamente tolerante desde mi punto de vista, del cumplimiento del Plan anticorrupción 2008-2011. En esa perspectiva, aunque no parte de una línea de base sobre la situación de la corrupción en los diversos estamentos del Estado (al no existir estadística confiable en el Estado) sí ha establecido hallazgos sobre la situación encontrada y ha escrutado la data accesible según algunas instituciones como el Ministerio Público o la Procuraduría Anticorrupción. En nuestra opinión, los 5 objetivos planteados, las 15 estrategias formuladas así como las 55 acciones propuestas por el Plan contienen una

mayor acotación de propósitos y permitirían un mayor seguimiento.

Dicho esto, nadie puede caer en la ingenuidad de pensar que con tal documento la corrupción desaparecerá o se reducirá a su mínima expresión en el año 2016. Se trata de una herramienta que requiere algunas condiciones y presupuestos esenciales para alcanzar lo que sí esperamos de aquel: sentar las bases para los primeros pasos de cara a prevenir y reducir los niveles de corrupción inercial y provocar duros golpes punitivos a los casos más graves de corrupción pública.

No podemos caer en la falacia naturalista de considerar que como los planes anteriores fracasaron este también fracasará. Sin embargo el riesgo de que esto ocurra es elevado en la medida que las condiciones antes mencionadas no se evidencian. A qué condiciones nos referimos. En primer lugar a la voluntad política desde el más alto nivel y eso pasa por el propio Presidente de la República. Esta condición no se aprecia hasta ahora con la claridad debida (citemos por ejemplo el caso del vicepresidente Chehade).

En segundo lugar, es urgente un nivel más intenso de coordinación entre instituciones clave en materia de prevención y represión de la corrupción (Ministerio Público, Poder Judicial, Contraloría General de la República y Procuraduría Anticorrupción) a efectos de mejorar los productos que cada uno de ellos elabora con el propósito de alcanzar casos viables de sanción. Esto pasa por otorgar a la CAN una mayor autonomía respecto del Ejecutivo y potestades de recomendación vinculantes para los órganos que la componen. Finalmente, un elemento central en el ámbito del sistema penal anticorrupción es la adopción de medi-

#### PRESENTACIÓN

- El Plan Nacional de Lucha contra la corrupción: posibilidades y límites (Pág. 1)

#### ARTÍCULO ESPECIAL

- El control interno como herramienta relevante para la lucha contra la corrupción en las entidades del Estado (Pág. 2-9)

#### COMENTARIO

#### JURISPRUDENCIAL

- Caso de Walter Chacón Málaga por el delito de peculado (Pág. 10-13)

#### NOTICIAS DESTACADAS

- El proyecto anticorrupción en la Conferencia Internacional “Buen Gobierno y Derechos Humanos” (Pág. 13)

das drásticas en cada una de las instituciones indicadas para erradicar las redes de corrupción interna en cada una de ellas. Con relación a este último punto es de advertir la enorme responsabilidad del Congreso de la República al no aprobar los proyectos de ley que el propio Poder Judicial presentó para erradicar la corrupción en este Poder del Estado.

Si las condiciones antes enunciadas se evidencian, creemos que el Plan puede constituirse en un instrumento valioso que permita avanzar en la ruptura de una sociedad tolerante con la corrupción. Todo ello sin perjuicio de las demás políticas, especialmente preventivas, que contempla el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción.

# El control interno como herramienta relevante para la lucha contra la corrupción en las entidades del Estado

Por **CARMEN OLAYA SALDARRIAGA**  
Contadora Pública Colegiala

## 1. La actividad corruptiva en la Administración Pública

En los últimos lustros el problema de la corrupción ha constituido el tema central de debates nacionales e internacionales, de portadas y titulares periodísticos, de revisiones e incorporaciones en los textos normativos de los países del orbe; se han comprobado empíricamente sus causas y sus impactos en el desarrollo humano, se ha tomado conocimiento sobre las instituciones con mayor incidencia corruptiva y se han instaurado procedimientos administrativos para evitar su flujo; los países han negociado y han firmado tratados internacionales contra la corrupción, se han creado foros para su discusión y la defensa contra la corrupción en sus variadas formas; sin embargo, ni los diagnósticos de políticas, ni las campañas públicas para crear conciencia ni las reformas institucionales y legales introducidas para mejorar la administración pública, parecen tener un efecto positivo en el inconsciente colectivo de nuestros conciudadanos sobre su erradicación. Tampoco se observa la arrogación de compromisos en ninguna de las partes involucradas para hacerle frente.

El asunto es que, el combate contra la corrupción requiere de esfuerzos colectivos coordinados y frontales desde los diversos sectores de la sociedad, a nivel de estrategias que comprometan todas las instituciones, desde las más básicas, como la familia, las escuelas o la iglesia, hasta las más complejas, como la administración Pública, los medios de comunicación, las organizaciones privadas, entre otras.

En esta labor, las instituciones del sector público están en deuda, por lo que en el presente artículo algunas herramientas básicas y en la medida que éstas se vayan implementando, se lograrán algunos avances en la compleja labor que es luchar contra la corrupción; no sin antes proporcionar una visión general de la problemática de la corrupción en el sector público y precisar algunos conceptos elementales relacionados con la estrategia planteada.



© RPP

### 1.1. La corrupción: Un fenómeno global que afecta a las Entidades del Estado

El fenómeno de la corrupción está muy arraigado a la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus orígenes obedecen a consideraciones de orden sociológico. La predilección por hacer aquello que se encuentra prohibido, no puede negarse como intrínseca a la naturaleza del ser humano, tendiente a la búsqueda de nuevas y “mejores” satisfacciones sin medir la posibilidad de sanción. Este aspecto, nos presenta como seres corruptibles y temerarios, planteándonos una primera interrogante: ¿Qué hacer para no caer en estas tentaciones?

Muchas respuestas pueden ensayarse para ello, pero no cabe duda que nuestras necesidades se han incrementado y la posibilidad de satisfacerlas parece haberse reducido. Muchas “necesidades” se han estatuido como legítimas aspiraciones, tales como el crecimiento personal, familiar y/o empresarial y la cada vez más creciente ambición por el poder y el control.

De otro lado, la realidad nos presenta un innegable desequilibrio en el reparto de la riqueza, por lo que podríamos deducir que el origen de la corrupción tendría revestimientos sociológicos, y en el hecho que, en la medida que hemos avanzado como sociedad, hemos sentido

como parte de nuestras necesidades humanas la aspiración de acumular poder y riqueza.

Sin embargo, la problemática de la corrupción ha pretendido reducirse a la estructura política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia, y ello no es así. En tal virtud, no habría inconveniente para que cualquier ciudadano realice actos de corrupción. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor<sup>1</sup>.

Las definiciones sobre la corrupción tienden, o a ser muy restrictivas o excesivamente amplias; sin embargo, lo más notorio que vemos es que el fenómeno de la corrupción afecta las instituciones públicas. En ese sentido, estimamos importante lo que Leonardo Díaz Hurtado señala sobre el tema:

*“... podríamos redactarla como un fenómeno social, a través del cual un servidor público es impulsado a actuar en contra de las leyes, normatividad y prácticas implementadas, a fin de favorecer intereses particulares”<sup>2</sup>.*

Al respecto, la corrupción en el sector público no sólo afecta a los servidores y funcionarios

<sup>1</sup> James Reátegui Sánchez, En: “Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada”, citando a GARZÓN VALDES, Ernesto; “Acercas del concepto de corrupción”, en: Varios Autores, La corrupción política, Madrid, 1997, Pág. 42 y 43.

<sup>2</sup> Leonardo Díaz Hurtado, “La corrupción, conceptos, causas”, En: <http://www.percucontable.com>

públicos que ejecutan u operan las normas sino también a quiénes las elaboran, las diseñan (legisladores, directores), porque actúan como creadores de las reglas o de los estándares mediante los cuales funciona una organización política, por eso no deja de sorprender que la corrupción administrativa comprenda

*res de recursos públicos)”<sup>4</sup>.*

La ex Defensora del Pueblo, Beatriz Merino Lucero, manifestó que

*“la corrupción no implica sólo un problema referido a la utilización indebida del poder*

ción en el proceso de globalización es importante, pero sobre todo el de la corrupción política, en la que los gobernantes de los Estados participan y se convierten en cómplices de la oligarquía internacional. La corrupción es un atentado a la esencia del servicio público en la medida en que deliberadamente el político y el funcionario traicionan la gestión de los intereses colectivos. Así, el interés público se convierte en interés personal<sup>6</sup>.

Este fenómeno global trajo consigo las terminologías “gran corrupción” -término utilizado por vez primera por Sir George Moody-Stuart-referido a la corrupción por parte de los jefes de estado, ministros y altos funcionarios y, por lo general, indica grandes cantidades de bienes<sup>7</sup> y se relaciona con el cohecho de funcionarios públicos de corporaciones transnacionales. El término más tarde evolucionó hasta abarcar la corrupción en los más altos niveles de la esfera pública, donde se formulan las políticas y las reglas. Generalmente, pero no siempre, es sinónimo de corrupción política.

La corrupción menor<sup>8</sup>, también llamada “baja” o “de la calle”, indica el tipo de corrupción que las personas sufren en sus encuentros con funcionarios públicos y cuando utilizan servicios públicos (hospitales, escuelas, autoridades que otorgan licencias, policías, oficinas de recaudación de impuestos, etc.). Las sumas de dinero que entran en juego son casi siempre modestas.

### 1.2. La corrupción como actividad delictiva.

La mejor fuente para definir la corrupción es la Convención Anti Corrupción de las Naciones Unidas - CNUCC, que es el único tratado anticorrupción abierto a la membresía universal, que enlista los actos de corrupción medulares y permite el incremento de actos en la lista. Esta tipología ha permitido a las naciones apa-

rejar sus legislaciones regionales y nacionales, introduciendo como conductas que tipifican supuestos de infracción, conceptos como el Soborno (Artículos 15° y 16° de la CNUCC), Malversación o peculado

(Artículo 17° de la CNUCC), el Tráfico de influencias (Artículo 18° de la CNUCC), el Abuso de funciones (Artículo 19° de la CNUCC) y el Enriquecimiento ilícito (Artículo 20° de la CNUCC).



la utilización del favoritismo y la influencia amparados en el cargo o en su poder de decisión para disminuir impuestos, evadir regulaciones y ganar licitaciones o implementar medidas que servirán como reglas legales para dicho propósito; para lo cual se valen de empresarios privados y proveedores de servicios públicos<sup>3</sup>.

En consonancia con lo esbozado, el profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nay, citado por Beraldi, vinculado a la administración pública, señala que es una

*“conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particula-*

*o de los recursos públicos para obtener ventajas o beneficios indebidos, sino que es fundamentalmente un problema de derechos, desde el punto de vista de esta institución, se necesita mayor participación ciudadana para enfrentar la corrupción y fortalecer la ética pública. Se entiende que la corrupción abarca un conjunto de actos transgresores desarrollados en la interacción humana. Esta se presenta como un abanico de sub-éticas particulares que suscriben valores que la toleran, aceptan e incluso, validan como modo de relacionarse para acceder a beneficios o ventajas, que siempre se encuentran al margen de la ley o la institucionalidad”<sup>5</sup>.*

La corrupción y las actitudes antiéticas se encuentran en todo el mundo, tanto en países desarrollados como en aquellos considerados subdesarrollados. El papel que tiene la corrup-

## **“El combate contra la corrupción requiere de esfuerzos colectivos coordinados y frontales desde los diversos sectores de la sociedad”**

<sup>3</sup> Luis Eduardo Zavala de Alba, “La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo”. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP), 2009, Edición bajo el cuidado del Programa Editorial de la Vicerrectoría Académica y de Investigación del Tecnológico de Monterrey.

<sup>4</sup> James Reátegui Sánchez; op. cit. citando a ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto; “Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial”, en: Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, Pág. 425 y BERALDI, Carlos Alberto; “Control de la corrupción mediante la desregulación”, en: Pena y Estado, Año 01, Número 1, Buenos Aires, 1995, Pág. 36 y 37.

<sup>5</sup> Merino Lucero, Martha Beatriz: “Primera Conferencia Anual Anticorrupción”. En: ABC para la litigación en los delitos de corrupción de funcionarios.

<sup>6</sup> Diego Bautista, Oscar, op. cit. Pág. 89.

<sup>7</sup> Ver Centro de Recursos Anticorrupción, Corruption Glossary, en [www.u4.no/document/faqs5.cfm#grandcorruption](http://www.u4.no/document/faqs5.cfm#grandcorruption).

<sup>8</sup> Ver Centro de Recursos Anticorrupción, Corruption Glossary, en [www.u4.no/document/faqs5.cfm#pettycorruption](http://www.u4.no/document/faqs5.cfm#pettycorruption)

<sup>9</sup> Luis Eduardo Zavala de Alba; La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo; Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP), 2009.



legales y de los lineamientos de política y planes de acción, para lo cual evalúa los sistemas de administración, gerencia y control con la finalidad de mejorarlos a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes, cuyo desarrollo constituye un proceso integral y permanente. Este esfuerzo compete no sólo a los órganos del SNC, sino también a las autoridades, funcionarios y servidores de las diferentes entidades públicas en sus tres niveles de gobierno<sup>15</sup>.

En atención a las competencias y atribuciones asignadas en la Constitución Política del Perú, la Ley 27785 y las disposiciones emitidas por la CGR, el SNC y la propia Contraloría General ejercen un rol central en la lucha contra la corrupción mediante los mecanismos de control interno previo y control posterior que permiten identificar las responsabilidades emergentes (administrativas, civiles o penales) de los funcionarios y servidores públicos.

Sobre este aspecto, el Contralor General de la República, Sr. Fuad Khoury Zarzar, en su ponencia denominada “Propuestas para la lucha anticorrupción en el Estado Peruano”<sup>16</sup>, manifestó que entre los elementos clave que permitirán luchar contra la corrupción y por ende perfeccionar la gestión pública, tenemos:

- 1) Instaurar un modelo de gestión por resultados que incorpore elementos como la meritocracia acompañada de incentivos, lo que permitirá el cumplimiento de las metas institucionales, mediante el planteamiento de objetivos medibles, cuantificables y con plazos claramente establecidos, acompañada de incentivos económicos a quienes contribuyan con esta labor.
- 2) Realizar una reingeniería seria de la gestión pública, dentro de un ambiente sólido de control interno, lo que involucra procesos eficientes, eficaces y transparentes.
- 3) Fortalecer el sistema de compras estatales electrónicas, de modo que no se vulneren algunos sistemas de control interno instalados.
- 4) Incorporar en el sector público el concepto de rentabilidad social, sobre la base de la adecuada gestión del talento humano y del desempeño, de modo que se revalore el empleo público, y la unificación de la planilla del estado.

En tanto el esquema esbozado se implementa, la lucha actual y frontal contra la corrupción

debe fortalecerse a través de:

- La labor de prevención, para combatir la corrupción administrativa, implementando el sistema de control interno, con el objetivo de prevenir o superar las deficiencias detectadas en el manejo de las entidades, supervisando y garantizando el cumplimiento de las recomendaciones que se deriven de los informes de control emanados de cualquiera de los Órganos del Sistema Nacional de Control, orientando sin carácter vinculante y, promoviendo una cultura de honestidad y probidad de la gestión pública, así como estableciendo procedimientos para que los titulares de las entidades públicas rindan cuenta oportuna ante el órgano rector por los bienes y fondos a su cargo.

Del mismo modo, fiscalizando el cumplimiento de la entrega de las declaraciones juradas de ingresos y de bienes y rentas que deben presentar los servidores y funcionarios públicos obligados de acuerdo a ley, así como para verificar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones sobre prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos y en los casos de nombramientos de personal en el sector público que puedan constituir nepotismo.

- La labor de control posterior, cuando las medidas preventivas resultan insuficientes para enfrentar y frenar hechos aislados o propios de una corrupción sistematizada dentro de las instituciones públicas, a través de sus órganos le corresponde verificar la gestión y uso de los recursos públicos, así como del ejercicio de las funciones de los servidores y funcionarios públicos, bajo los criterios de utilidad, eficiencia, economía y transparencia, con relación al uso de los recursos y bienes del Estado, realizando acciones de control que, a su juicio, sean necesarias, accediendo en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aún cuando sean secretos, y requiriendo información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades, siempre y cuando no violen la libertad individual.

Finalmente, desde su labor de exigir a los servidores y funcionarios públicos la responsabilidad de los actos irregulares que cometan en el ejercicio de su función, las cuales pudieran revestir sanción administrativa, civil o penal, le corresponde emitir informes de control técnicamente sustentados, informes que son considerados para el inicio de las acciones admini-

strativas y/o judiciales a que hubiere lugar.

Por ello, entre las atribuciones de la Contraloría tenemos la de conducir el procedimiento administrativo sancionador cuando las infracciones cometidas por los funcionarios y servidores públicos hayan incurrido en infracciones graves y muy graves en contra del Estado, de acuerdo con la Ley 29622 y su reglamento, reservando la conducción del procedimiento administrativo sancionador por la comisión de infracciones leves a la entidad. Asimismo, la disposición del inicio de las acciones legales pertinentes en ejercicio de esta labor se materializa de forma inmediata, mediante el Procurador Público de la Contraloría General o el Procurador Público del sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal.

#### El control interno como sistema de prevención

Desde el punto de vista del ciclo gerencial y de sus funciones, el control se define como

*“la medición y corrección del desempeño a fin de garantizar que se han cumplido los objetivos de la entidad y los planes ideados para alcanzarlos”*<sup>17</sup>.

Asimismo, el control como función de la administración consiste en

*“Vigilar el desempeño actual, compararlo con una norma y emprender las acciones que hicieran falta”*<sup>18</sup>.

Según las Normas de Control Interno, aprobadas por la Contraloría General de la República, mediante Resolución de Contraloría General N°320-2006-CG publicado el 03.11.2006, el Control Interno es un “proceso integral efectuado por el titular, funcionarios y servidores de una entidad, diseñado para enfrentar los riesgos y para asegurar que se alcancen los siguientes objetivos gerenciales:

- Promover la eficiencia, eficacia, transparencia y economía en las operaciones de la entidad, así como en la calidad de los servicios públicos que presta.
- Cuidar y resguardar los recursos y bienes del Estado contra cualquier forma de pérdida, deterioro, uso indebido de los mismos y actos ilegales, así como contra todo hecho irregular o situación que pudiera afectarlos.
- Cumplir con la normatividad aplicable a la entidad y a sus operaciones.
- Garantizar la confiabilidad y oportunidad de

<sup>15</sup> El control gubernamental interno es competencia de las entidades del sector público en sus diferentes niveles de gobierno mientras el control gubernamental externo es competencia de los órganos del SNC, con el objeto de supervisar, vigilar y verificar la gestión, la captación y el uso de los recursos y bienes del Estado. Se realiza fundamentalmente mediante acciones de control con carácter selectivo y posterior.

<sup>16</sup> Contraloría General de la República, “Gestión Pública, Limpia y Eficiente. I Conferencia Anual Anticorrupción Lima 2010”, pág. 41-47.

<sup>17</sup> Administración, Una perspectiva global, Harold Koontz y Heinz Wehrlich, México. McGraw Hill. 1994

<sup>18</sup> Para Robbins/Coulter



la información.

- Fomentar e impulsar la práctica de valores institucionales.
- Promover que los funcionarios o servidores públicos cumplan con rendir cuentas sobre la misión u objetivo que les haya sido encargado, así como sobre los fondos y bienes públicos que les hayan sido asignados<sup>19</sup>.

### ¿Qué es el Sistema de Control Interno?

Es el conjunto de políticas, normas, planes, organización, metodología y registros organizados e instituidos en cada entidad del Estado para la consecución de la misión y objetivos institucionales que le corresponde cumplir<sup>19</sup>.

Según el marco normativo todas las instituciones públicas deberían implementar un sistema de control interno, con la finalidad de tener una seguridad razonable de que se lograrán los objetivos de la entidad mediante un manejo eficiente de los recursos que le fueron asignados para el cumplimiento de su misión, lo cual requiere el compromiso de todos los niveles jerárquicos de la entidad.

### ¿Cuál es el origen del Sistema de control interno?

La teoría del control interno nos remite a los Informes COSO<sup>20</sup> I (1992) y COSO II (2004),

en el primero de ellos se desarrollaron nuevos conceptos del control interno por lo que su aplicación inicialmente se dio en entidades públicas y privadas de Estados Unidos, posteriormente empezó su aplicación en Latinoamérica. En COSO II<sup>21</sup> se amplía el primer informe para dotar al control interno de un mayor enfoque hacia la gestión del riesgo, cuya publicación ocurrió después que se conociera uno de los casos más emblemáticos de bancarrota, corrupción y fraude en Estados Unidos como fue la caída de ENRON.

ENRON fue una empresa que evadió todas las regulaciones y mecanismos de supervisión de los mercados financieros, sus directivos carecían de valores éticos, morales y mantenían conflictos de interés, por lo que en sus operaciones no se respetaron los principios en los que se basa el funcionamiento de los mercados, como son la transparencia, buena fe, claridad, integridad y prudencia, favoreciendo que la compañía operara sin consolidar en sus balances los estados financieros de las empresas que creaba para desviar sus pérdidas, con lo que lograba sobrevaluar sus utilidades y capital y sub declarar sus pasivos; en resumen la política de la empresa no cumplía los principios contables universalmente aceptados e ignoraba principios de gestión empresarial básicos.

Otro aspecto que caracterizó a ENRON fue que los directivos, analistas, asesores, y auditores internos de la empresa incumplieron el código de ética establecido dentro de la compañía, por lo que actuaron en función de sus propios intereses, aprovechando que el Estado -como responsable de la regulación del sector eléctrico-, no cumplía su función y que la empresa adoptó la política de no evaluar previa ni preventivamente los riesgos a los que estaba expuesta.

### ¿Cuál es la estructura del Sistema de Control Interno?

COSO II es una herramienta idónea para tener un control interno que produzca una seguridad razonable de que se reducirá significativamente la posibilidad que ocurra un fraude corporativo y asegure una buena gestión. El documento -entre otros puntos- basa su desarrollo en la necesidad de que las empresas cuenten con objetivos estratégicos, operativos (logro de resultados de la entidad), de información financiera (estados contables) y cumplimiento (cumplimiento legal).

El sistema se encuentra organizado en componentes los cuales son reconocidos internacionalmente por las principales organizaciones mundiales especializadas en materia de con-

<sup>19</sup> Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG que aprueba las Normas de Control Interno, publicada el 01.11.2006.

<sup>20</sup> COSO son las siglas, en inglés, de Committee of Sponsoring Organizations de la Treadway Commission, publicó en 1992 un informe denominado Internal Control - Integrated Framework (IC-IF), conocido también como COSO I - Control Interno-Marco Integrado, el cual fue elaborado por el Instituto Americano de Contadores Públicos, la Asociación Americana de Contabilidad, el Instituto de Auditores Internos que agrupa a alrededor de cincuenta mil miembros y opera en aproximadamente cincuenta países.

<sup>21</sup> COSO II informe denominado Enterprise Risk Management - Integrated Framework, el cual incluye el Internal Control - Integrated Framework y el marco global para la administración integral de riesgos.

trol interno y aunque su denominación puede variar, lo que se busca con su aplicación es la estandarización del control interno en las organizaciones estatales. Los componentes del control interno son los siguientes:

**A. Ambiente interno (Ambiente de Control – COSO I)**, relacionado con la integridad y los valores éticos así como los mecanismos previstos para su cumplimiento; filosofía de la dirección y su estilo de gerencia, competencias de la gerencia y del personal en general, estructura organizacional en cuanto a la asignación y delegación de autoridad y responsabilidad, administración de los recursos humanos y administración estratégica.

**B. Evaluación del riesgo**, desarrolla lo siguiente:

**a. Establecimiento de objetivos**, implica establecer los objetivos necesarios y viables para cumplir la misión de la institución, con el fin de identificar los eventos que podrían afectar su cumplimiento y los mecanismos o procedimientos que se utilizarán para su monitoreo.

**b. Identificación de riesgos**, significa identificar los puntos vulnerables de un proceso en los que pueden ocurrir situaciones riesgosas, ello mediante la aplicación de una técnica cuya aplicación permitirá conocer si se trata de riesgos inmediatos, de mediano o de largo plazo y si su impacto será negativo, positivo o combinado, sirve de base para desarrollar la evaluación de los riesgos, una vez que éstos son ubicados en la matriz de riesgos, para su posterior ponderación.

**c. Evaluación de riesgos**, en función de los eventos de riesgos identificados el análisis utiliza las diferentes variables, internas o externas, que se encuentran en cada entidad y que están vinculadas con el logro de sus objetivos, considera la probabilidad de que los riesgos ocurran y el efecto que producirían, valorándolos mediante el uso de técnicas cualitativas y cuantitativas para ubicarlos dentro de la matriz de riesgos y poder estimar cuánto pueden afectar el logro de los objetivos institucionales, lo que servirá para elaborar la respuesta a los riesgos

**d. Respuesta a riesgos**, desde un punto de vista estratégico, constituye una lista detallada de controles a aplicar durante la ejecución de los procesos, actividades y tareas, que ejecuta la entidad para el logro de los objetivos institucionales y cumplimiento de su misión. Las estrategias se diseñan para lo siguiente:

**i. Asumir el riesgo**.- Cuando no se tienen

condiciones para mitigar razonablemente el riesgo, por lo que se asume. Esta estrategia es aplicable para riesgos de bajo impacto, y baja probabilidad de ocurrencia.

**ii. Vigilar el riesgo**.- Cuando se decide hacer seguimiento al riesgo y dependiendo del nivel de incremento que las ocurrencias muestren en el tiempo, entidad diseñará el mecanismo para mitigarlo. Esta estrategia es aplicable para riesgos de alto impacto y baja probabilidad de ocurrencia.

**iii. Evitar el riesgo**.- Consiste en eliminar la parte del proceso, actividad o tarea que origina el alto riesgo. Esta estrategia es difícil de aplicar.

**iv. Transferir el riesgo**.- Estrategia aplicable cuando la ejecución del proceso, actividad o tarea puede ser encargada a un tercero que es especialista, por lo que tiene la suficiente posibilidad evitar el riesgo o si ocurre asumirá la responsabilidad.

**v. Mitigar el Riesgo**.- Aplicable cuando el riesgo identificado, es una amenaza para el cumplimiento de los objetivos institucionales, siendo obligatorio adoptar medidas para minimizar la ocurrencia del riesgo o si ocurriera mitigar el impacto.

**vi. Compartir el Riesgo**.- Tiene como objetivo distribuir el riesgo y los posibles impactos, que genere cuando ocurra, a diferentes etapas del proceso, actividad o tarea, en las que participan diferentes personas, las cuales se responsabilizarán de la parte del riesgo que les corresponda.

**C. Actividades de control**, las políticas y procedimientos de control se establecen para asegurar la eficacia de las respuestas a los riesgos establecidos, para lograr lo que la entidad espera de acuerdo con los objetivos planificados, debiendo ser evaluadas en función de la relación costo beneficio obtenida con los controles establecidos. Las actividades de control pueden ser preventivas, detectivas, correctivas, manuales o automáticas y se dan para todos los niveles y en todas las funciones de la organización, debiendo ser entendibles y razonables.

**D. Información y comunicación**, la información competente y relevante de cada proceso, actividad o tarea sujeta a riesgo, se identifica, capta y comunica en forma efectiva y clara con un sentido amplio, fluyendo en todas direcciones que estén involucradas en un plazo oportuno para que cada persona involucrada pueda asumir sus responsabilidades. La seguridad de los sistemas de información basada en la tecnología, es vital para que el registro y control de las operaciones proporcionen una 'seguridad razonable' respecto a la calidad y suficiencia de la información que almacenan, permitiendo que las operaciones sean monitoreadas, supervisadas, evaluadas y auditadas en la oportunidad que la entidad lo requie-

ra, en aras de la transparencia y oportuna rendición de cuentas. La importancia de la comunicación externa radica en que los agentes externos generan información que puede producir impacto en el logro de los objetivos institucionales.

**E. Supervisión**, la totalidad de la gestión de riesgos corporativos se monitorea realizando modificaciones oportunas cuando se necesiten. Este seguimiento y supervisión se lleva a cabo mediante actividades permanentes de la dirección, evaluaciones independientes o autoevaluaciones para conocer los resultados alcanzados y establecer los compromisos de mejoramiento. El monitoreo requiere de reportes de control necesarios para informar a los diferentes niveles de Dirección y áreas participantes en la gestión del riesgo

### Implementación del Sistema de Control Interno en las Instituciones del Estado

La implementación del sistema de control interno en la administración pública se ha convertido en una necesidad por tratarse de un proceso cuya ejecución implica la revisión y evaluación de las operaciones que diariamente realizan, las cuales deberían encontrarse sustentadas con documentación confiable y verificable, con el fin de obtener una seguridad razonable de que la entidad ha ejecutado los recursos públicos con eficiencia, eficacia, transparencia y economía; para el logro de los objetivos institucionales o la adopción de acciones que contribuyan a mejorar lo pudiera estar faltando.

Es así que el control interno aplicado en las instituciones del Estado conlleva al cumplimiento tanto de las normas generales aplicables a toda la administración pública, como de las específicas que corresponden a cada entidad, con el fin de prevenir pérdidas de cualquier tipo o que se incurran en operaciones o actuaciones ilegales que en vez de producir servicios de buena calidad para los ciudadanos, generen operaciones irregulares, que benefician únicamente a los involucrados en dichas operaciones.

El sistema de control interno promueve una cultura de transparencia asociada a que los servidores y funcionarios públicos, adopten como una práctica rutinaria la rendición de cuentas oportuna, respecto al cumplimiento de la misión institucional, logro de los objetivos y del uso de los recursos asignados para el cumplimiento de sus funciones. Entonces, instaurar en la administración pública una cultura de rendición de cuentas exige además, que todo aquel que de una u otra manera presta servicios en una entidad gubernamental, ejecute sus actuaciones con profesional y técnicamente, basándose en sus valores morales y éticos y con pleno conocimiento del marco legal relacionado con la función pública que desempeña, así como, a los valores estableci-

TIPOS DE CONTROL INTERNO		COMPETENTES PARA SU APLICACIÓN
<b>Previo</b>	Abarca las actividades o tareas que se realizan antes de la ejecución de los procesos para cautelar que se efectúen correcta y eficientemente.	Autoridades, funcionarios y servidores públicos de las entidades
<b>Simultáneo</b>	Abarca las actividades o tareas que se realizan durante la ejecución de los procesos para cautelar que se efectúen correcta y eficientemente.	
<b>Posterior</b>	Abarca las actividades o tareas que se realizan antes de la ejecución de los procesos para cautelar que se cumpla con lo establecido	Responsables superiores del funcionario o servidor ejecutor, en cumplimiento de las disposiciones establecidas; así como, por el Órgano de Control Institucional, de acuerdo con sus planes y programación.

Fuente: Artículo 7° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República

dos en la Ley de Ética de la Función Pública.

En ese contexto, el sistema de control interno involucra a todos los niveles jerárquicos de las instituciones del Estado, por lo que para lograr su implementación es fundamental que en cada entidad se asuma un compromiso institucional, que alcance tanto al titular de la entidad así como a los funcionarios o servidores encargados de las labores que la entidad realiza, sin importar en qué lugar de la estructura orgánica se ubique la dependencia en la que preste servicios de conformidad con el encargo misional que le ha sido asignado. En ese sentido, hay que reconocer que para lograr la actitud y comportamiento requeridos, los que participan en la gestión pública tendrían que ser conscientes de que la importancia que tiene la implementación del control interno, se fundamenta en que su aplicación garantiza razonablemente la correcta ejecución de las operaciones y conlleva al cumplimiento de la misión y objetivos institucionales, reduciendo o minimizando el riesgo de incurrir en irregularidades o deficiencias.

La implementación de un sistema de control interno en el sector público exige que los gestores públicos tengan conocimiento que los procesos o actividades que ejecutan están inmersos en algunos de los 3 tipos de control interno establecidos en la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que se mencionan en el Cuadro N° 1:

#### Regulación del Control Interno Estatal

Debido a la evidente necesidad de que las entidades públicas implementen paulatinamente el Sistema de Control Interno, la Contraloría General de la República en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Control, ha publicado normativa específica que se señala a continuación, con la finalidad de facilitar el entendimiento y aplicación práctica de lo po-

dría llamarse la teoría del control interno, incorporando lo referido al componente de riesgos, muy asociado a la acción preventiva, y a la necesidad de operar sobre procesos definidos:

- Ley N° 28716, Ley de Control Interno de las Entidades del Estado.
- Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG que aprueba las Normas de Control Interno.
- Resolución de Contraloría General N° 458-2008-CG que aprueba la “Guía para la Implementación del Sistema de Control Interno de las entidades del Estado”.
- Resolución de Contraloría N° 094-2009-CG “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República (CGR) y los Órganos de Control Institucional (OCI)”, modificada con Resolución de Contraloría N° 119-2012-CG.

El marco normativo y documentos de orientación existentes revelan la necesidad de que las autoridades responsables de realizar la implementación del Sistema de Control Interno asuman como política, que las acciones o actividades de control interno que se establezcan, se realicen con los recursos humanos, tecnológicos y conocimiento que existen en la entidad, de tal manera que la implementación no esté totalmente condicionada a que la entidad cuente con disponibilidad presupuestal para contratar consultores que se encarguen del proceso de implementación; en tal sentido, la actitud de la alta dirección es determinante para lograr que los funcionarios y servidores públicos reconozcan la importancia de hacerlo por los beneficios que se lograrán en el futuro, los mismos que están relacionados con lo siguiente:

- El control interno conlleva a lograr mayor eficiencia en el uso de los recursos, debido a que la evaluación de los riesgos existentes en

los procesos que ejecuta la entidad permite prever las estrategias que se utilizarán para enfrentarlos, lo que se refleja en el logro de los objetivos institucionales, los cuales están alineados a la misión y por lo tanto se traducen en mayores y mejores servicios que el Estado brinda a la ciudadanía.

- La implementación de un sistema de control interno obliga a realizar actividades de autoevaluación de los procesos, generando compromisos de mejora continua en aspectos operativos o gerenciales con el fin de responder a los riesgos, generar nuevas metodologías y estrategias de operación, así como conocimiento, en aras de realizar el uso eficiente, económico y transparente de los recursos presupuestales, bienes del Estado.
- La implementación del control interno promueve que el desempeño de los funcionarios y servidores se realice bajo un estándar de valores y ética, disminuyendo la posibilidad de incurrir en procedimientos irregulares o deficientes, con ello se logra mejorar la gestión pública, sobre la base del compromiso y la integridad ética y moral de los gestores públicos para lograr los objetivos y metas propuestos con la finalidad de tener la certeza razonable de haber cumplido satisfactoriamente la misión.

A pesar de los beneficios que proporciona la implementación del sistema de control, así como de que existe un marco normativo que promueve dicha implementación, las entidades públicas en su gran mayoría tienen avances mínimos en dicha labor, debido a:

- La organización no considera que la entidad tiene una misión, en función de la cual sus unidades orgánicas deben operar articuladamente con la finalidad de cumplir eficiente, económica y transparentemente con la misión encomendada.
- Los gestores públicos prestan una mínima atención a los instrumentos de gestión, lo que limita el desarrollo de la planificación estratégica con objetivos y metas.
- Falta de aplicación del proceso administrativo gerencial, iniciado con la planificación en la se analicen los riesgos y establezcan indicadores de desempeño e involucre la organización, al personal, a la dirección y monitoreo, el control y la evaluación.
- La cultura de autoevaluación basada en indicadores para medir los resultados logrados y promover mejoras en la gestión pública, está ausente, originando mediciones distorsionadas basadas en lo que se pudo hacer y no lo que debió lograr.

La presunción de que el control interno como

instrumento de prevención es una función que le compete al Órgano de Control Institucional; aunada a la idea de que su implementación generaría más carga laboral, limita el accionar de la alta dirección de las entidades públicas.

Las causas señaladas revelan la urgente necesidad que los gestores públicos encargados de dirigir las entidades del sector público, adopten la política de implementar el sistema de control interno como un mecanismo de prevención contra la corrupción, con el fin que los procesos ejecutados tengan identificados sus puntos de riesgo y mecanismos para mitigarlos o eliminarlos, a través de la aplicación de los controles establecidos y monitoreados desde la etapa de planificación; ello para disminuir la posibilidad de que los funcionarios o servidores públicos incurran en actos de corrupción, siendo indispensable tener como parte de la implementación, actividades encaminadas a lograr una cultura ética y de valores entre todos los que prestan servicios al Estado; así como, difundir los beneficios que el ordenamiento técnico traería a la administración pública y a la ciudadanía que solicita dichos servicios.

#### Regulación del Control Interno Estatal

Debido a la evidente necesidad de que las entidades públicas implementen paulatinamente el Sistema de Control Interno, la Contraloría General de la República en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Control, ha publicado normativa específica que se señala a continuación, con la finalidad de facilitar el entendimiento y aplicación práctica de lo podría llamarse la teoría del control interno, incorporando lo referido al componente de riesgos, muy asociado a la acción preventiva, y a la necesidad de operar sobre procesos definidos:

- Ley N° 28716, Ley de Control Interno de las Entidades del Estado.
- Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG que aprueba las Normas de Control Interno.
- Resolución de Contraloría General N° 458-2008-CG que aprueba la “Guía para la Implementación del Sistema de Control Interno de las entidades del Estado”.
- Resolución de Contraloría N° 094-2009-CG “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República (CGR) y los Órganos de Control Institucional (OCI)”, modificada con Resolución de Contraloría N° 119-2012-CG.

El marco normativo y documentos de orientación existentes revelan la necesidad de que las autoridades responsables de realizar la implementación del Sistema de Control Interno asuman como política, que las acciones o actividades de control interno que se establezcan, se realicen con los recursos humanos, tecnológicos y conocimiento que existen en la entidad, de tal manera que la implementación no esté totalmente condicionada a que la entidad cuente con disponibilidad presupuestal para contratar consultores que se encarguen del proceso de implementación; en tal sentido, la actitud de la alta dirección es determinante para lograr que los funcionarios y servidores públicos reconozcan la importancia de hacerlo por los beneficios que se lograrán en el futuro, los mismos que están relacionados con lo siguiente:

- El control interno conlleva a lograr mayor eficiencia en el uso de los recursos, debido a que la evaluación de los riesgos existentes en los procesos que ejecuta la entidad permite prever las estrategias que se utilizarán para enfrentarlos, lo que se refleja en el logro de los objetivos institucionales, los cuales están alineados a la misión y por lo tanto se traducen en mayores y mejores servicios que el Estado brinda a la ciudadanía.
- La implementación de un sistema de control interno obliga a realizar actividades de autoevaluación de los procesos, generando compromisos de mejora continua en aspectos operativos o gerenciales con el fin de responder a los riesgos, generar nuevas metodologías y estrategias de operación, así como conocimiento, en aras de realizar el uso eficiente, económico y transparente de los recursos presupuestales, bienes del Estado.
- La implementación del control interno promueve que el desempeño de los funcionarios y servidores se realice bajo un estándar de valores y ética, disminuyendo la posibilidad de incurrir en procedimientos irregulares o deficientes, con ello se logra mejorar la gestión pública, sobre la base del compromiso y la integridad ética y moral de los gestores públicos para lograr los objetivos y metas propuestos con la finalidad de tener la certeza razonable de haber cumplido satisfactoriamente la misión.

A pesar de los beneficios que proporciona la implementación del sistema de control, así como de que existe un marco normativo que

promueve dicha implementación, las entidades públicas en su gran mayoría tienen avances mínimos en dicha labor, debido a:

- La organización no considera que la entidad tiene una misión, en función de la cual sus unidades orgánicas deben operar articuladamente con la finalidad de cumplir eficiente, económica y transparentemente con la misión encomendada.
- Los gestores públicos prestan una mínima atención a los instrumentos de gestión, lo que limita el desarrollo de la planificación estratégica con objetivos y metas.
- Falta de aplicación del proceso administrativo gerencial, iniciado con la planificación en la se analicen los riesgos y establezcan indicadores de desempeño e involucre la organización, al personal, a la dirección y monitoreo, el control y la evaluación.
- La cultura de autoevaluación basada en indicadores para medir los resultados logrados y promover mejoras en la gestión pública, está ausente, originando mediciones distorsionadas basadas en lo que se pudo hacer y no lo que debió lograr.

La presunción de que el control interno como instrumento de prevención es una función que le compete al Órgano de Control Institucional; aunada a la idea de que su implementación generaría más carga laboral, limita el accionar de la alta dirección de las entidades públicas.

Las causas señaladas revelan la urgente necesidad que los gestores públicos encargados de dirigir las entidades del sector público, adopten la política de implementar el sistema de control interno como un mecanismo de prevención contra la corrupción, con el fin que los procesos ejecutados tengan identificados sus puntos de riesgo y mecanismos para mitigarlos o eliminarlos, a través de la aplicación de los controles establecidos y monitoreados desde la etapa de planificación; ello para disminuir la posibilidad de que los funcionarios o servidores públicos incurran en actos de corrupción, siendo indispensable tener como parte de la implementación, actividades encaminadas a lograr una cultura ética y de valores entre todos los que prestan servicios al Estado; así como, difundir los beneficios que el ordenamiento técnico traería a la administración pública y a la ciudadanía que solicita dichos servicios.

## Caso de Walter Chacón Málaga por el delito de peculado

Por **JULIO RODRIGUEZ VÁSQUEZ**  
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

© peru21.pe



El 6 de noviembre de 2012 la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima emitió fallo condenatorio en contra Walter Chacón Málaga, sentenciándolo a cuatro años de prisión suspendida por la comisión del delito de peculado doloso en agravio del Estado (proceso penal distinto al que se le sigue a la familia Chacón por el delito de enriquecimiento ilícito). El proceso penal tuvo como base fáctica el hecho de que Chacón Málaga, Comandante General del Ejército Peruano, designó, sin sustento legal o técnico, al general José Silva Tejada para viajar en comisión de servicios a Berlín (Alemania), otorgándole, a la vez, 50 mil soles por viáticos; todo ello a pesar de que el general Silva Tejada se encontraba en situación de retiro y que, además, dicho viaje nunca fue realizado. En esta medida, la sentencia toma en consideración indicios concomitantes e interrelacionados (inexistencia de la Hoja de Recomendación sobre la designación de Silva Tejada, la suscripción del proyecto de Resolución Suprema que autorizaba el viaje y la entrega de viáticos, la situación de retiro del General Silvia Tejada, la ausencia de la rúbrica presidencial, entre otros) que apuntaron a la responsabilidad del otrora Ministro del Interior.

En las líneas posteriores haremos un breve análisis de dos temas importantes para el en-

tendimiento de los delitos contra la administración pública y que, además, fueron tratados por la Primera Sala Liquidadora Penal de Lima en el presente caso:

- i) el peculado como delito especial;
- ii) el objeto del bien jurídico en el delito de peculado. En adelante, los extractos más importante de la sentencia.

### **SOBRE EL PECULADO COMO DELITO ESPECIAL**

*“En este sentido, el delito de peculado resulta ser un delito especial o de infracción de deber, pues el sujeto activo es el funcionario o servidor público que realiza cualquiera de las dos modalidades típicas que regula la ley”*

*“Como se sabe, la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción del deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación”*

### **SOBRE EL OBJETO DEL BIEN JURÍDICO EN EL PECULADO**

*“(…) se deja sentado que ese carácter está*

*vinculado con la protección de dos objetos específicos merecedores de protección penal: i) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”*

*“(…) el tipo legal de peculado sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos (...)”*

### **SOBRE EL PECULADO COMO DELITO ESPECIAL**

Como hemos visto, la sentencia en comentario señala, en un primer momento, que el peculado es un delito especial o de infracción de deber (homologando erróneamente dichos términos), para luego, en lamentable contradicción, indicar, a pie de página, que la categoría de delito especial es meramente formal, mientras que, por otro lado, la de infracción de deber hace referencia a un nivel material estructural. A nuestro entender dichas nomenclaturas resultan importantes, de forma que establecer

su correcta definición y diferenciación es indispensable para la resolución de casos vinculados a los delitos contra la administración pública.

El *calificativo de delitos de infracción de deber*<sup>1</sup>, entendido como criterios de delimitación material de la autoría, surge frente a determinados delitos en los que quién merece el título de autor no necesariamente es quién tiene el dominio del hecho. En esta medida, ilícitos penales como el peculado y los demás delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, serán, desde esta visión, de infracción de deber en tanto que el criterio para delimitar al autor es que éste haya vulnerado deberes propios de su función.

A partir de lo afirmado hasta aquí, parte de la doctrina converge con la jurisprudencia en comentario al momento de señalar que la clasificación de *delitos de infracción de deber* y de

*delitos especiales* corresponde a dos categorías conceptuales distintas, una formal (delitos especiales) y otra material (delitos de infracción de deber)<sup>2</sup>. Todo ello en la medida que los delitos especiales cumplen solamente con la función de determinar el círculo de posibles autores<sup>3</sup>, respondiendo a una decisión legislativa que obedece tan solo a un uso lingüístico del legislador<sup>4</sup>.

En resumidas cuentas, la tesis que afirma que los delitos de infracción de deber responden a un plano material, mientras que los delitos especiales a un plano formal, tiene como base los siguientes presupuestos: *i*) la categoría de delito especial surge frente a la inoperancia de la teoría del dominio del hecho en determinados supuestos; *ii*) los delitos especiales tienen como fundamento material una simple decisión del legislador por la que acota los posibles autores.

Sobre lo primero se debe decir que la división

en delitos de dominio e infracción de deber ha sido reformulada por el propio Roxin<sup>5</sup>, quién adopta ahora una tesis semejante a la de su discípulo Bernd Schunemann. Según Schunemann, el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no en la infracción de un deber formal extrapenal (como lo sostuvo en su inicio Roxin), sino en una relación de dominio sobre el suceso, dominio que se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado<sup>6</sup>. En otras palabras, **es la posición del autor frente al bien jurídico lo que hace que este tenga el dominio del resultado lesivo al mismo**, en otras palabras, en el específico dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico; dominio que no será fáctico sino normativo (toda vez que surge a partir de criterios de valoración penal). Ello se hace evidente en los casos de los delitos contra la administración pública, toda vez que *el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone*<sup>7</sup>. Esta tesis ayuda pues a tener una teoría sistemática y unificada sobre la delimitación de la autoría, a la vez que pone énfasis no en la simple vulneración de deberes extrapenales, sino en la especial relación del sujeto con el bien jurídico lesionado, respondiendo así al derecho penal como un instrumento de defensa de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

*En lo que respecta a lo segundo, debemos partir señalando que los delitos especiales son, efectivamente, aquellos delitos de los que puede ser autor aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidas por la ley*<sup>8</sup>. Ahora bien, esta delimitación, al igual que todo lo relacionado al derecho penal, no es, ni podrá serlo, neutral, sino que responde a la protección de bienes jurídicos. En esta medida, debemos identificar el fundamento material de la restricción legal del círculo de autores, en tanto que ello permitirá conocer el contenido del injusto de los delitos especiales<sup>9</sup>. Aquí conviene recordar que dentro de los delitos especiales se encuentran algunos supuestos en donde existe una posición de garante frente al bien jurídico (Ejemplo: delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios) y otros en donde



© Diario16

<sup>1</sup> Existen, al menos tradicionalmente, dos modelos teóricos que describen los delitos de infracción de deber. Por un lado, Roxin y sus discípulos, desde la postura originaria, sostienen que los delitos de infracción de deber surgen como un criterio de la autoría alternativo a los delitos de dominio del hecho. En este sentido, el fundamento de la autoría ya no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal. Por otro lado, Jakobs y sus discípulos utilizan la categoría de delitos de infracción de deber como estructura de imputación penal de todos los delitos, esto es, su juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia, dentro de los cuales se puede diferenciar entre competencia por deberes de organización (semejante a los delitos de dominio) y por deberes institucionales (semejante a los delitos de infracción de deber). En el presente comentario, tomaremos como cierta la crítica que tal delimitación, como resulta lógico desde la perspectiva de Jakobs, agota la punibilidad en la infracción de un deber expresado en la norma, ignorando así la afectación materia del bien jurídico. Por ello, no referiremos en todo momento a los delitos de infracción de deber como categoría descriptiva de la autoría.

<sup>2</sup> Cfr. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima; JURISTA Editores, 2004. En este mismo sentido: PARIONA ARANA, Raúl. *La teoría de los delitos de infracción de deber*. En: *Gaceta Jurídica - Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; Tomo 19, enero 2011, pp. 69-83.

<sup>3</sup> PARIONA ARANA, R. *Ob. Cit.* p. 81.

<sup>4</sup> REAÑO PESCHIERA, J.L. *Ob. Cit.* p. 23 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el resultado: Base Lógica-objetiva común para todas las formas de autoría*. *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia*. Bogotá: 2004, No 75, Volumen 25. pp. 13 - 25.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 24.

<sup>8</sup> GOMÉZ MARTÍN, Víctor. *Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada: 2012, No 14-01. pp. 01:1-01:29. Consulta: 04 de diciembre de 2012. <http://criminolnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>

<sup>9</sup> *Ibidem*. p. 3.

dicha posición es inexistente (Ejemplo: delito de amotinamiento). Si se comparte lo dicho hasta aquí, llegaremos a la conclusión de que la restricción legal del círculo de autores, característica de los delitos especiales, no siempre tiene el mismo fundamento material<sup>10</sup>. En esta línea, Gómez Martín propone la siguiente clasificación: **i) delitos especiales de posición** (llamados por Schuneman delitos especiales de garantía), cuyo fundamento material reside en la posición especial del sujeto con respecto al bien jurídico protegido; **ii) delitos especiales con elementos meramente tipificadores**, en donde la restricción obedece a la constatación empírica por parte del legislador de que ciertas conductas delictivas suelen ser realizadas por determinados de sujetos<sup>11</sup>. Esta clasificación, lejos de ser banal, importa en tanto que en el primero supuesto los partícipes *extraneus*, al no tener una posición especial frente al bien jurídico, son merecedores de una pena inferior a la del *intraneus*, suceso que no deberá ocurrir en los delitos especiales con elementos meramente tipificadores<sup>12</sup>. Además de ello, en los primeros el dominio del resultado operara a través de la posición del autor frente al bien jurídico, mientras que en los segundos descansa sobre el dominio del resultado a través de la conducción del movimiento corporal (los elementos de la autoría serán sólo tipificantes de una realidad fenomenológica)<sup>13</sup>.

Admitido todo lo dicho hasta aquí, los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios calzan dentro de los delitos especiales de posición<sup>14</sup>, en tanto que se erigen sobre la especial relación del funcionario público con el correcto funcionamiento administración pública (bien jurídico protegido). Formulados con otras palabras, el delito de peculado se configura como un delito especial de posición en la medida que la posición del funcionario público frente al bien jurídico está estrechamente vinculada con el contenido del injusto<sup>15</sup>. Como se observa, la categoría de delito especial deja de ser meramente formal para pasar a constituir el núcleo del injusto funcional, en tanto que la lesión del bien jurídico, a través del tipo penal, se da a partir de una

posición o cualidad jurídica del autor<sup>16</sup>. El desvalor de acción exigirá un abuso de la función pública, esto es, la creación de un riesgo prohibido para el correcto y normal funcionamiento de la administración pública; riesgo que únicamente podrá ser creado a partir de la proximidad del funcionario público con el bien jurídico.

En conclusión: no es necesario apelar al delito como infracción deber para construir un criterio de autoría coherente al tipo de peculado, toda vez que en él se evidencia una especial posición de garante frente a la indemnidad del bien jurídico correcta administración pública, configurándose así como un delitos especial de posición (criterio que está lejos de ser meramente formal).

### SOBRE EL OBJETO DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE PECULADO

Como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el bien jurídico protegido en el delito de peculado, como delito contra la administración pública cometido por funcionario, es el correcto funcionamiento de la administración Pública<sup>17</sup>. En esta línea, los delitos en referencia lesionaran a la administración pública como aparato instrumental y funcional que cumple con una función constitucional de permitir el acceso a los ciudadanos de los diversos servicios públicos. Ahora bien, detrás el bien jurídico "sombrija" se encuentra una serie de bienes jurídicos específicos, u objetos del bien jurídico. En este sentido, Manuel Abanto señala:

*"(...) aunque el bien jurídico tutelado, tal como se ha identificado, es el mismo para todo el grupo de delitos contra la administración pública, hay que distinguir, en concreto para cada tipo penal, cuál es el OBJETO del bien jurídico directamente atacado (...)"*<sup>18</sup>.

Esta clasificación responde pues a la naturaleza de los delitos contra la administración pública como delitos de peligro concreto, esto es, res-

ponde a la exigen de la producción efectiva de una situación de riesgo para el objeto material o jurídico protegido<sup>19</sup>, ello de cara al principio de lesividad y de ultima ratio del derecho penal.

En esta medida resulta pertinente determinar cuáles son los objetos protegidos en el delito de peculado. Según la sentencia de la Sala Penal, los objetos jurídicos de protección son los siguientes: **i)** intereses patrimoniales de la Administración Pública y; **ii)** los deberes funcionales de lealtad y probidad. Sobre lo segundo, es claro que el hecho de abandonar la teoría de los delitos de infracción de deber no significa ignorar que los delitos especiales de posesión significan, en casi todo sus supuestos, la vulneración de deberes extrapenales<sup>20</sup>. En esta medida, concordamos con lo señalado por la sentencia en comentario en este extremo.

Ahora bien, sobre los intereses patrimoniales de la Administración Pública como objeto protegido por el peculado son necesarias algunas precisiones. En esta medida, para el correcto entendimiento del patrimonio público es necesario tomar en cuenta los siguientes presupuestos: **i)** El bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el sentido funcional antes descrito (aparato de prestación de servicios públicos); **ii)** el Perú se circunscribe a un modelo de Estado Constitucional y Social de Derecho, de acuerdo al cual el patrimonio del estado está orientado al desarrollo del país y a la tutela de los derechos de los ciudadanos<sup>21</sup>; **iii)** el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por el Perú, dispone que no será necesario que los actos de corrupción produzcan perjuicio patrimonial para el Estado. Estos tres criterios nos obligan a dejar de lado una concepción estática y económica del patrimonio público<sup>22</sup> que exige, erróneamente, un detrimento patrimonial contable en los fondos públicos para que se consume el delito de peculado. Por el contrario, nos acogemos a un sector de la doctrina<sup>23</sup> que considera que el patrimonio público como objeto penalmente protegido debe ser entendido desde un

<sup>10</sup> Ídem. p. 21 y ss.

<sup>11</sup> Ídem. p. 28.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> A manera de ejemplo, la autoría del interno que se amotina se basará en el dominio de la conducción de su movimiento corporal, toda vez que él no tendrá ninguna posición de garante frente a la indemnidad del bien jurídico. En esta medida, el interno A que ayuda al interno B a amotinarse con violencia frente a los custodios responderá solo como partícipe, mientras que el interno B lo hará como autor.

<sup>14</sup> De acuerdo a Gómez Martín, entran dentro de un supuesto aún más específico, al que él llama delitos especiales de posición institucional. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V. Ob. Cit. p. 22.

<sup>15</sup> Cfr. VÁSQUEZ PORTOMENE SEIJAS, Fernando. Los delitos contra la administración pública. Teoría General. Madrid: Editorial del Instituto Nacional de la Administración Pública - Universidad de Santiago de Compostela, 2003. pp. 317-318.

<sup>16</sup> Ídem. p. 324.

<sup>17</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en Código Penal Peruano. Lima; Palestra, 2001. p. 14

<sup>18</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Peligro Abstracto y Garantías Penales. En: Sistema Penal y Estado de Derecho. Lima; Ara Editores, 2010. p. 154 y ss.

<sup>19</sup> GÓMEZ MARTÍN, V. Ob. Cit. p. 24.

<sup>20</sup> En esta medida, el artículo 58° de nuestra Constitución señala: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios público e infraestructura".

<sup>21</sup> Criterio que lamentablemente ha sido tomado en reiteradas ocasiones por nuestra Jurisprudencia. Ver: Ejecutoria Suprema recaída en el recuso de nulidad 3733-2009-Loreto; Ejecutoria Suprema recaída en el recuso de nulidad 390-2007-Huanuco; Ejecutoria Suprema recaída en el recuso de nulidad 5617-2006-AREQUIPA; Ejecutoria Suprema recaída en el recuso de nulidad 1500-2033-ICA.

<sup>22</sup> Cfr. CHANJAN DOCUMET, Rafael. El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Inédito.

sentido funcional, esto es, lo que realmente se protege es el patrimonio en tanto sirva a la consecución de los fines prestacionales de la administración pública<sup>24</sup>. En resumen, **el perjuicio patrimonial exigido se manifiesta en el**

**potencial patrimonial de la administración para el cumplimiento de sus fines<sup>25</sup>.**

En conclusión, tanto el patrimonio en un sentido funcional, como los deberes de lealtad y

probidad, constituyen, conjuntamente, los objetos protegidos en el delito de peculado. Así, lo dicho por la Sala Penal en el caso materia de análisis es correcto siempre que se entienda al patrimonio público en su sentido funcional.

<sup>24</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto y Xavier ETXEVARRIA. *Malversación y lesión de patrimonio público: apropiación, distracción y desviación por funcionarios de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 195. p. 107. Citad por: CHANJAN DOCUMET, R. Ob. Cit.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

## CRÓNICA

# El proyecto anticorrupción en la Conferencia Internacional “Buen Gobierno y Derechos Humanos”



**E**l día miércoles 5 de diciembre se llevó a cabo en la Pontificia Universidad Católica del Perú la conferencia internacional “Buen Gobierno y Derechos Humanos” en la cual expusieron expertos extranjeros y nacionales.

El primero en realizar su ponencia magistral fue el profesor Henk Addink (Profesor de la Universidad de Utrecht- Holanda) quien expuso sobre el tema “Buen gobierno y derechos humanos como principios jurídicos fundamentales en el derecho público moderno”. Como parte del contenido de dicha ponencia, el profesor Addink explicó que los principios que deben regir la buena gobernabilidad son la corrección, la transparencia, la efectividad, la rendición de cuentas, los derechos humanos y la participación. Asimismo, resaltó que los conceptos “Estado de Derecho”, “Democra-

cia” y “Buena gobernabilidad” son conceptos estrechamente ligados y uno no puede existir sin el otro; y concluyó afirmando que la buena gobernabilidad es uno de los principios constitucionales del Estado y es el corazón del Estado moderno.

Una de los puntos comunes de varias ponencias magistrales (como la del profesor Juli Ponce Solé –Universidad de Barcelona- y John Vervaele –Universidad de Utrecht-) fue el referido a la existencia de un derecho de los ciudadanos a la buena administración; para lo cual es necesario tener debido cuidado y diligencia en la toma de decisiones para el interés general, así como cumplir con los deberes generales en materia de derechos humanos (investigar, juzgar y sancionar) para poder afirmar que se está cumpliendo el derecho a la buena administración de justicia.

Finalmente, queremos resaltar la participación del coordinador del Proyecto Anticorrupción, el Dr. Yvan Montoya Vivanco, quien expuso sobre el tema “Buen gobierno, transparencia y lucha contra la corrupción en el Perú”. En su exposición el Dr. Montoya incidió sobre una característica de nuestra sociedad: el ser tolerantes y “cómplices” de la corrupción y de quienes ignoran la ley. Ello, señaló Montoya, obstaculiza muchísimo las denuncias de actos de corrupción y refleja la existencia de una suerte de “pacto social clandestino” que se rige por una ideología que considera inevitable a la corrupción y, por ello, no se hace nada en contra de ella. De esta manera, el Dr. Montoya concluyó afirmando la necesidad de superar esa complicidad y avanzar a una gobernabilidad no corrupta.