

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Noviembre de 2013

Boletín N° 31



PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Luces y sombras en los casos de corrupción política pendientes ante el Sistema Judicial y el Parlamentario

Página
3-5

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso “Ex congresista Elsa Canchaya”

Página
6-10

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Aliaga Jacinto locador de servicios DEVIDA – Concepto de Funcionario Público

Página
11-14

TALLER

Periodistas del Diario La República

Página
15

CURSO DE CAPACITACIÓN

Delitos contra la Administración Pública en Trujillo

Página
16

PRESENTACIÓN

Luces y sombras en los casos de corrupción política pendientes ante el Sistema Judicial y el Parlamentario

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

Como siempre luces y sombras, aciertos y enormes peligros, se ciernen sobre diversos casos de corrupción que vienen siendo investigados y/o juzgados en instancias judiciales, fiscales o parlamentarias en el Perú. Nuestro sistema diseñado para enfrentar denuncias por corrupción política nunca cesa de estar en actividad y precisamente la forma como cumple sus funciones en cada uno de esos casos es el baremo con el cual se debe juzgar su legitimidad democrática. Esta, lo hemos dicho muchas veces, no radica en la demanda de las mayorías ni en la sintonía con el poder político, sino en el respeto a los principios y derechos que se involucran en cada uno de los procesos. Principios que no sólo se refieren a los derechos y garantías del procesado sino al respeto de los principios y derechos constitucionales que garantizan una protección eficaz contra el fenómeno de la corrupción. Hagamos un repaso breve, teniendo como orden la sucesión cronológica de los periodos gubernamentales.

Con relación al periodo del ex presidente Fujimori no cabe aquí recordar todos los casos de grave corrupción ya juzgados y en los que se ha condenado a una numerosísima cantidad de altos funcionarios y militares de aquel periodo de gobierno. Sin embargo, el más importante caso de corrupción pendiente en la actualidad de juzgamiento es contra el propio ex presidente Fu-

jimori, el mismo que se relaciona con la compra de los titulares de los diarios "Chicha". Efectivamente, se utilizó importantes fondos del Estado para pagar a los dueños de tales medios de comunicación para difamar y denigrar sistemáticamente la imagen de los opositores políticos de aquel entonces. A pesar que se trata de un caso con múltiples evidencias y testigos directos que apuntan al ex Presidente y que ya han sido condenados, no deja de sorprender los intentos de sustraerse a una muy probable condena. En ese sentido, hay que estar especialmente atentos, por un lado, al intento de desviar la atención de los verdaderos aspectos que se debaten en el proceso (el aprovechamiento corrupto de los fondos de estado para fines políticos particulares) hacia aspectos mediáticos que denotan una maximización de la victimización del referido ex presidente; y por el otro lado, a la posibilidad de lograr cambiar el sentido de los testimonios incriminatorios ya manifestados en procesos concluidos sobre el mismo caso.

Con relación al periodo del ex presidente Toledo, cabe aquí recordar que el principal caso que involucra actualmente a su gobierno es la investigación por lavado de activos y enriquecimiento ilícito abierta tanto en el Congreso de la República como en la Fiscalía de la Nación. Se trata, como todos sabemos, de las extrañas circunstancias en las que el ex presidente, luego de su



mandato, adquiere diversos inmuebles por un valor superior a los cuatro millones ochocientos mil dólares, ello sin contar el préstamo superior a los doscientos mil dólares para el pago de las hipotecas de sus inmuebles en Punta Sal y Camacho. Entiendo que estas investigaciones se encuentran sustancialmente avanzadas y recogiendo los elementos probatorios que le permita concluir al Congreso con un informe que eventualmente recomiende acusar constitucionalmente al ex presidente. Si tenemos en cuenta que desde hace varios años atrás el delito de lavado de activos ha sufrido importantes cambios, habiendo ampliado y flexibilizado considerablemente su alcance de prohibición, el riesgo de que el parlamento concluya con un informe desfavorable para el ex presidente no parece descartado. De los diversos elementos que denotarían la realización de actos de lavado, al menos algunos parecen ir conformándose (por ejemplo las manifestaciones sintomáticas relacionadas con las operaciones complejas y poco transparentes que se llevaron a cabo para adquirir esos bienes son semejantes a las que hace referencia el Acuerdo Plenario N° 03-2010 para evidenciar sospechas serias de actos de lavado).

Tal vez el elemento que falta para convencer a la Comisión investigadora del Congreso de la responsabilidad de Toledo sea el origen ilícito del dinero. Si bien los

últimos testimonios apuntarían a que el dinero utilizado corresponde al patrimonio del empresario Josep Maiman, la fiscalía no necesitaría probar que el referido empresario haya sufrido alguna condena por algún delito que explique el incremento ilícito de su patrimonio, sino que le bastará hacer referencia a una sospecha fundada del origen ilícito del patrimonio del empresario Joseph Maiman (ello por ejemplo puede evidenciarse con registrar investigaciones o procesos que se han seguido o se vienen siguiendo contra el mencionado empresario).

Con relación al periodo del ex presidente Alan García, no sólo tenemos los diversos casos (colegios emblemáticos, Agua para todos, narcoindultos, Cofopri, BTR, etc.) que están siendo investigados en el Congreso de la República contra el propio ex presidente y varios de sus ministros, sino dos casos de corrupción política investigados ante el Poder Judicial y el Ministerio Público. Sobre las investigaciones llevadas a cabo en la denominada Megacomisión, y sin perjuicio de las dificultades para evidenciar la conexión de los diversos ilícitos penales con el ex presidente García, lo que sí parecería tener mérito para avanzar en un eventual juicio político es con relación a la atribución de haber impulsado y aprobado una política masiva de conmutaciones de condenados, muchos de ellos relacionados con delitos

graves. Las eventuales infracciones constitucionales al principio de separación de poderes y al principio de prevención general de las penas, podrían colocar al ex presidente en una situación que sea pasible de una inhabilitación para ejercer cargos públicos.

Además de lo mencionado anteriormente, dos son los casos de investigación y juzgamiento de corrupción política que involucran a altos funcionarios del ex gobierno del ex presidente García. Nos referimos, en primer lugar, al caso ampliamente conocido como “Petroaudios”. Se trata de la licitación colusoria de lotes de petróleo en la que se encuentran involucrados uno de los Directores de la empresa estatal PetroPerú (Quimper) y un ex ministro del régimen aprista, el abogado Romulo León. El caso ha cumplido un poco más de cinco años desde que se llevó a cabo la licitación ilícita (setiembre de 2008) y en setiembre del próximo año cumplirá seis años, fecha en la que se da por agotado el plazo ordinario de prescripción de la acción penal en el delito que se acusa (negociación incompatible). Sólo restaría contar tres años adicionales del plazo extraordinario de prescripción. A estas alturas creo que se trata de un plazo insuficiente para culminar con una sentencia firme en este proceso. El riesgo de que los procesados, especialmente Rómulo León, gane la prescripción, es cada vez más alta.

En segundo lugar, tenemos el caso de Global CST sobre la contratación de asesoría especializada israelí para combatir el narcoterrorismo y en el que la Contraloría General de la República ha encontrado múltiples irregularidades en la contratación con dicha empresa. Se trata de un caso en que por denuncia de la Contraloría se investiga a altos jefes militares (como al general Francisco Contreras Jefe del Comando Conjunto de las FFAA y al Contraalmirante Rodolfo Reátegui) y por denuncia de la Procuraduría Anticorrupción se amplía la investigación contra el ex Ministro del régimen aprista, Rafael Rey Rey.

El grueso de la investigación se llevaba a cabo ante la Fiscalía Supranacional para Delitos de corrupción de funcionarios, a cargo de la Dra. Fanny Quispe, y el caso concreto del ex Ministro Rafael Rey se lleva a cabo, por las prerrogativas constitucionales del procesado, ante la Fiscalía de la Nación. Lo preocupante de este caso es que la investigación fiscal que se llevaba a cabo por parte de la mencionada Fiscalía Supranacional a cargo de la Dra. Quispe habría sido retirada de dicho despacho por disposición de la Fiscalía de la Nación. Si cono-

mos que la referida fiscal siempre ha dado muestras de independencia y rigor en el ejercicio de sus funciones, preocupa sobremanera la medida adoptada. En este caso, es el Fiscal de la Nación, el Dr. Peláez quien tiene que ofrecer explicaciones convincentes sobre este cambio súbito en las investigaciones.

Finalmente, con relación a los actos de corrupción que vienen involucrando al actual régimen del presidente Humala, son esencialmente dos los que preocupan sobremanera. El primero, es el caso Chehade, caso que involucra al ex vicepresidente de la República Omar Chehade y a su hermano (Miguel Chehade), a los mismos que se les atribuía la convocatoria de una reunión irregular con jefes policiales a fin de solicitarles, a cambio de algunos beneficios en la carrera policial, lleven a cabo una eventual y próxima ejecución judicial de desalojo en la cooperativa Andahuasi. En este caso, si bien el parlamento decidió no levantar la prerrogativa constitucional a favor del vicepresidente y congresista y dejar el juzgamiento sólo contra su hermano y otros involucrados, la sentencia condenatoria reciente contra este último (por el delito de cohecho activo) deja establecido implícitamente que las actuaciones de ofrecimiento de apoyo logístico e incentivos sólo pudieron efectuarse por ser hermano del vicepresidente y congresista de la República, lo que ameritaría que el Congreso evalúe un nuevo pronunciamiento sobre la prerrogativa constitucional que protege a este último.

El segundo es el reciente caso relacionado con la irregular y costosísima seguridad policial brindada a un operador directamente vinculado con el ex asesor presidencial del régimen fujimorista, Vladimiro Montesinos Torres. El esclarecimiento del mismo, tanto en sede parlamentaria como en sede del Ministerio Público es de imperiosa necesidad para efectos de conocer la verdad no sólo de la corrupción concreta detectada sino del alcance de la conexión de todos los altos oficiales de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas y de funcionarios del actual régimen con los operadores vinculados al responsable de la mayor red de corrupción de nuestra historia republicana (Vladimiro Montesinos).

Del rigor y transparencia con que el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Congreso de la República decidan sobre estos casos de corrupción dependerá si se legitiman democráticamente o si profundizan aún más en el hoyo de su desprestigio.

Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso “Ex congresista Elsa Canchaya”

Por **Yvana Novoa Curich**
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

El 4 de setiembre del presente año 2013, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia recaída en el expediente N° 03116-2012-PHC/TC que resuelve el proceso de hábeas corpus interpuesto por la ex congresista Elsa Canchaya Sánchez quien solicitó se declare la nulidad de la Resolución de fecha 7 de octubre de 2009 que la condenó como autora del delito de nombramiento indebido de cargo público (artículo 381° CP). Asimismo, solicitó se declare la nulidad de la confirmación de dicha resolución, de fecha 4 de mayo de 2010 que además declaró infundada la excepción de prescripción. Elsa Canchaya considera que dichas resoluciones son atentatorias de sus derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley y al principio de legalidad penal.

El Tribunal Constitucional falló declarando fundada la demanda y, consecuentemente, nula la sentencia de 4 de mayo e 2010 expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, que había declarado infundada la excepción de prescripción deducida por Canchaya. Asimismo, el Tribunal Constitucional ordenó a la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República que emita un nuevo pronunciamiento, tomando en cuenta los fundamentos de la sentencia en comentario. El magistrado Urviola Hani tuvo un voto singular en la presente sentencia, por el cual consideró que la demanda debía ser declarada improcedente.

A continuación, los extractos más importantes de la sentencia:

1. Sobre la prescripción de la acción penal

“El Tribunal Constitucional en anterior oportunidad (...) ha precisado que la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al ius puniendi, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro homine la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.

(...)

En cuanto al plazo extraordinario de prescripción, éste será utilizado en caso de que haya operado la interrupción del plazo de la prescripción, según lo establece el artículo 83° del Código Penal, y es el equivalente al plazo ordinario de prescripción mas la mitad.” [El subrayado es nuestro]

2. Sobre el antejuicio político y la prescripción

“Si bien este Colegiado ha señalado que la prescripción constituye un límite a la acción punitiva del Estado, también ha establecido que el trámite parlamentario en el antejuicio político suspende la prescripción penal. En efecto, de acuerdo con el artículo 84° del Código Penal, “si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”.

“En tal sentido, es evidente que el plazo de prescripción puede ser suspendido cuando es necesario que se resuelva alguna cuestión en otro procedimiento, puesto que es necesario un pronunciamiento previo a efectos de que se ejerza la acción penal.”

3. Sobre el caso concreto

“Asimismo, el hecho imputado fue subsumido en el artículo 381° del Código Penal que sanciona la conducta con sesenta a ciento veinte días-multa, por lo que de conformidad con el artículo 80° del Código Penal, el plazo de prescripción de la presente acción penal sería de dos años. Sin embargo, atendido a que a la favorecida le asistía la prerrogativa del antejuicio político, en su condición de Congresista de la República, se suspende el plazo de prescripción durante el tiempo que duró el procedimiento d Antejuicio Constitucional, esto es desde el 24 de abril al 8 de junio de 2007 (...) cabe entender entonces que durante 44 días que duró la sustanciación del procedimiento establecido en el artículo 99° de la Constitución, quedó suspendido el plazo de prescripción. (...)

Teniendo en cuenta que el procedimiento del antejuicio político suspende el plazo de prescripción de la acción penal que es de tres años se podría asumir que a la fecha la facultad de perseguir y sancionar el delito imputado a la procesada habría prescrito, siendo necesario que la resolución precise desde cuándo comienza a computarse el plazo de prescripción (...).

(...)

Por lo expuesto corresponde declarar la nulidad de la resolución de fecha 4 de mayo de 2010 y por conexidad de la resolución de fecha 7 de octubre

de 2009, puesto que es necesario que primero se dilucide si ha operado la prescripción o no a efectos de emitir una decisión final, correspondiéndole a los emplazados la emisión de nueva resolución debidamente motivada, expresando de manera clara y detallada las razones que sustenten su decisión.”

Comentario Jurisprudencial

Sobre el fundamento de la prescripción en el presente caso

Con respecto al primer extracto citado, lo primero que se debe comentar es la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional con respecto a que la prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal. La prescripción, a nuestro entender y al entender de la Corte Suprema de Justicia –que ha emitido el Acuerdo Planerío N° 1-2010/CJ-116 sobre los problemas actuales de la prescripción- se encuentra definida como “el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado”. En otras palabras, la prescripción puede ser definida como el transcurso del tiempo que extingue la potestad del Estado para perseguir el delito¹¹. Debe entenderse como “perseguir” las acciones de investigar, procesar y sancionar un delito. Esto, según la Corte Suprema, en tanto un proceso judicial no puede durar de manera indefinida. Con respecto a este punto, la prescripción encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica por el cual el Estado no puede perseguir un delito –salvo excepciones- de manera indefinida ya que la necesidad de reaccionar o activar el sistema penal se extingue pasado cierto plazo.

En este sentido, consideramos que si por efecto de la aplicación del plazo de prescripción de la acción penal, el proceso penal no logra culminar, entonces, no habría responsabilidad penal o criminal alguna por la cual se pueda condenar legítimamente al procesado. Siendo esto así, no es lógico decir que la prescripción de la acción penal extingue la responsabilidad criminal cuando nunca hubo una responsabilidad criminal o penal legítimamente comprobada y determinada en el proceso penal, en tanto éste culminó por efecto de la prescripción, antes de que se pudiera incluso confirmar una sentencia condenatoria.

¹¹ MONTROYA VIVANCO, Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2013, p.64.



Por otro lado, este primer extracto también nos parece debatible en tanto el Tribunal Constitucional se ha animado a afirmar que la prescripción de la acción penal se fundamenta en “la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente (...)”. Si bien existe el principio de presunción de inocencia en el plano penal, nos parece poco acertado que el Tribunal Constitucional en vez de hacer siquiera referencia a este principio, afirme al parecer con suma certeza que todas las personas o ciudadanos viven honradamente, incluso, luego de haber delinquido una sola vez.

Esto es lo que se logra entender de la afirmación citada cuando se dice que la persona “lleva mucho tiempo viviendo honradamente”. Incluso si el Tribunal se hubiera querido referir al principio de presunción de inocencia a través de dicha afirmación, consideramos que la prescripción de la acción penal no se fundamenta en dicho principio. Y es que la prescripción simplemente hace que el Estado renuncie o abdique a su potestad de perseguir penalmente los delitos, pero no es un acto de determinación jurídica o judicial por el cual se absuelve a alguien de su delito. Por el contrario, como ya hemos señalado, la prescripción justamente no permite concluir o continuar procesando a un sujeto para lograr determinar su responsabilidad penal. Una persona podría no vivir honradamente y a la vez no cometer

ninguna conducta penalmente relevante, situación que sería irrelevante a efectos de dilucidar si un plazo de prescripción debe ser aplicado. En este sentido, difícilmente el Tribunal Constitucional pueda tener conocimiento certero sobre si un procesado lleva viviendo durante muchos años honradamente en realidad ya que, como hemos señalado, “vivir no honradamente” no implica necesariamente cometer delitos.

Sobre el antejuicio político y su relación con la prescripción

Ahora bien, con respecto al segundo extracto, nos encontramos de acuerdo con el Tribunal en que el procedimiento de antejuicio constitucional encaja perfectamente en la situación establecida en el artículo 84° del Código Penal que establece que el plazo de prescripción se suspende cuando el proceso penal dependa, en su inicio o continuación, de cualquier cuestión que deba ser resuelta en otro procedimiento. De esta manera, recién cuando el procedimiento de antejuicio haya culminado, se puede retomar el plazo de prescripción de la acción penal.

Con relación al tercer extracto, el Tribunal ha establecido correctamente que el caso concreto tiene como plazo ordinario de prescripción el de dos años, en tanto el delito por el cual –a nuestro parecer incorrectamente-^[2] se ha procesado a Elsa Canchaya es el de Nombra-
2 En los comentarios jurisprudenciales publicados en los

miento o aceptación indebida para el cargo, tipificado en el artículo 381° del Código Penal. Este delito tiene como pena establecida abstractamente la imposición de sesenta a ciento veinte días multa, además de la pena de inhabilitación que siempre se debe imponer cuando un delito contra la administración pública es cometido por un funcionario público. Siendo esto así, según el artículo 80° del Código Penal, el plazo de prescripción ordinario para delitos que merezcan penas distintas a la privativa de libertad, es de dos años.

Sin embargo, en el párrafo siguiente, el mismo artículo indica que en los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplicará. Asimismo, en relación a esta disposición, el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 establece que si bien no todos los delitos comprendidos en el Capítulo del Código Penal referido a delitos contra la administración pública cometidos por funcionario o servidores públicos, poseen contenido patrimonial, lo que se debe hacer es analizar en cada caso concreto si cada tipo penal cumple con el presupuesto establecido de afectación al patrimonio estatal. Para determinar ello, la Corte Suprema en este acuerdo plenario ha establecido tres supuestos concretos que deben concurrir:

- Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito y el patrimonio del Estado.
- Que el vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio estatal implique que éste ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- Puede servir como atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no posea.

En este orden de ideas, analizando el caso concreto de Elsa Canchaya, en tanto ella tenía la potestad de de-

Boletines Informativos mensuales N°1 y 2, ya se ha fundamentado el por qué consideramos que el delito correcto por el cual se debió haber procesado a Elsa Canchaya es el delito de peculado a favor de tercero.

terminar o designar a la persona que sería contratada como su asesora o asistente (sin ningún tipo de evaluación posterior a sus capacidades más que la confianza que se tiene en que cada congresista determinará a una persona que cumpla realmente con los requisitos requeridos para ocupar un cargo de asesor), se puede afirmar que en los hechos, se ha generado un perjuicio al patrimonio del Estado pues se ha venido disponiendo de dinero del Estado para pagar el sueldo a una persona que nunca contó con los requisitos exigidos para ser contratada como asistente de la entonces congresista. Ese dinero nunca se debió pagar como sueldo pues dicha persona nunca debió ser contratada.

Siendo esto así, incluso suponiendo que la tipificación correcta es la establecida en el artículo 381° del Código Penal, el delito habría sido cometido por un funcionario público –la entonces congresista Elsa Canchaya– y además se ha perjudicado el patrimonio del Estado. En consecuencia, el plazo de prescripción de la acción penal que rige para este caso concreto es el de cuatro años. Cuatro años ya que si el plazo para delitos cuya pena sea distinta de la privativa de libertad es de dos años, este plazo se duplica cuando el delito ha sido cometido por un funcionario público en contra del Estado, como ha ocurrido en el presente caso. Entonces, el plazo ordinario sería de cuatro años y no de dos años como erróneamente, a nuestro juicio, el Tribunal ha establecido. Importante es mencionar aquí que la Sala de la Corte Suprema que declaró infundada la excepción de prescripción también omitió duplicar el plazo de prescripción en dicho sentido, considerando así que el plazo ordinario era solo de dos años.

Además, el Tribunal ha hecho referencia al plazo extraordinario que, en toda circunstancia, se aplicaría al presente caso. Con respecto a la prescripción extraordinaria, si existe ya un proceso penal,^[3] la prescripción de la acción penal se produciría cuando el tiempo transcurrido supere en un 50% el plazo ordinario. En nuestra consideración entonces, el plazo de prescripción extraordinario es de seis años en el presente caso, a diferencia de lo planteado por el Tribunal Constitucional en la sentencia en comentario. Según el Tribunal, si el plazo ordinario fuera de dos años –en tanto omitió duplicar el plazo por tratarse de una funcionaria pública en contra del patrimonio estatal–, el plazo extraordinario, por efecto del artículo 83° del Código Penal, sería de tres años pues “la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa

3 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley, 2007, p.111.

en una mitad al plazo ordinario de prescripción”. Sin embargo, una vez más, como ya hemos explicado que el plazo ordinario en este caso concreto es de cuatro años, pues entonces, el plazo extraordinario sería de seis años. Siendo esto así, la acción penal aún no habría prescrito y el Tribunal Constitucional no tendría justificación alguna para haber declarado nula la resolución de fecha 4 de mayo de 2010, expedida por el Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que declaró infundada la excepción de prescripción deducida por Elsa Canchaya.

Desde cuándo cuenta el plazo prescriptorio en el presente caso

Adicionalmente, no queda claro a partir de qué momento el Tribunal Constitucional está computando el plazo extraordinario de prescripción. Si bien el Tribunal en esta sentencia no ha podido determinar si el delito en cuestión es de naturaleza permanente, continuado o instantáneo –siendo en realidad un delito instantáneo–, esta determinación no es relevante para efectos de determinar a partir de qué momento corre el plazo de prescripción. Y es que, en este punto, debemos resaltar como positiva la interpretación que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema realiza al señalar que el momento de la comisión del delito no es relevante a efectos del presente caso ya que por la posición congresal de la encausada, el delito no era susceptible de ser perseguido por el Ministerio Público o instancias judiciales correspondientes, sino hasta el momento en que se declaró suspendido su derecho a la inmunidad parlamentaria. Y es que la inmunidad parlamentaria termina siendo un obstáculo absoluto para el inicio de la acción penal.^[4]

En consecuencia, esto implica que si Elsa Canchaya cometió el delito siendo congresos, entonces el momento de la comisión del delito no es relevante para computar el plazo y su suspensión. Por el contrario, en tanto se encuentra protegida por las inmunidades parlamentarias, el plazo se suspende y solo puede empezar a contar desde que se levanten aquellas. Esta interpretación nos parece acertada pues considerar que el plazo de prescripción comienza a correr, para casos de congresistas en el ejercicio de su función, a partir del momento de la comisión del delito, haría que en muchos casos sea imposible perseguir con éxito el delito cometido, y los casos quedarían en la completa impunidad.

Conclusión

Finalmente, tanto la Sala Penal Especial como el Tribunal Constitucional han omitido duplicar el plazo de prescripción ordinario que, como ya fue explicado, debería ser cuatro años y, además, el plazo extraordinario debería ser entonces seis años. Estos seis años comenzarían a correr recién a partir del término de la causal de suspensión –que en este caso se da al inicio, como presupuesto para poder emprender la persecución penal por parte del Ministerio Público–, de lo contrario, la suspensión no tendría sentido si el plazo extraordinario abarcara también dicho período.

Finalmente, el Tribunal en la presente sentencia, indicó que, ante la falta de motivación suficiente de la resolución de 4 de mayo de 2010, ésta deba ser declarada nula pues no queda claro si ha operado o no el plazo de prescripción. No obstante, nos sorprende que el propio Tribunal no justifique ni motive las razones por las cuales además, también anuló la sentencia condenatoria de fecha 7 de octubre de 2009. La única razón que dio para dicha decisión es la supuesta “conexidad” que existe entre ésta última sentencia y la resolución de 4 de mayo de 2010. Empero, consideramos que la sentencia del Tribunal no es lo suficientemente clara pues es difícil entender qué es lo que el Tribunal en realidad está criticando a la resolución de la Sala Penal Especial. El Tribunal no logra determinar cuál es el plazo de prescripción correcto ni tampoco refuta la interpretación de la Sala Penal Especial referida a que el plazo de prescripción corre no a partir de la consumación del delito sino a partir del levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Por el contrario, el Tribunal Constitucional termina concluyendo que por sí mismo no puede dilucidar si ha operado o no la prescripción. Ante una falta de claridad en la argumentación del supremo intérprete de la Constitución, nos parece una medida grave la decisión de declarar nula o solo la resolución de 4 de mayo de 2010, sino también la sentencia condenatoria de 7 de octubre de 2009 –la cual fue emitida cuando, en todo caso, el plazo de prescripción aún no había vencido–. Esta sentencia, en conclusión, no hace más que reforzar la percepción social de que el Tribunal Constitucional actual viene emitiendo fallos que, injustificada y lamentablemente, constituyen un obstáculo para la lucha contra la corrupción y coadyuvan a la impunidad de casos como éste.

4 HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal Parte General I. Tercera Edición. Lima: Grijley, 2005, p. 341.

Caso Aliaga Jacinto locador de servicios DEVIDA – Concepto de Funcionario Público

Por **Julio Rodríguez Vásquez**
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

El 28 de octubre de 2013 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia en el expediente 0148-2012. En dicha sentencia la Sala Penal resuelve confirmar la resolución que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción solicitada por la defensa de Wualter Aliaga Jacinto en el proceso penal que se le siguió por la comisión del delito de colusión.

Para entender el presente caso es necesario tomar en cuenta que Wualter Aliaga Jacinto se desempeñó como miembro del comité de selección encargado de elegir la empresa que debería diseñar y producir la presentación institucional de CONTRADROGAS (DEVIDA). En este orden de ideas, el Ministerio Público le atribuye al accionante el haber utilizado su cargo para favorecer a la empresa JK Comunicaciones en el proceso concursal antes citado.

Ahora bien, ante dicha imputación fiscal, el señor Wualter Aliaga Jacinto presentó una acción de improcedencia de acción fundamentada en la supuesta atipicidad relativa del presente caso. En esta medida, el señor Aliaga Jacinto afirma que, en tanto que él sólo tuvo un contrato de locación de servicios con CONTRADROGAS, nunca fue funcionario público y, por lo tanto, no se le puede imputar la autoría del delito de colusión.

Teniendo ello en cuenta, se analizara el concepto de funcionario público utilizado por la Sala Penal de Ape-

laciones y su relación con los tratados internacionales en materia de corrupción. En adelante los extractos más relevantes de la resolución.

Extractos relevantes

“El delito de Colusión, tratándose de un delito especial propio, sólo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público. Contemplándose en el artículo 425 del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo ésta una norma de reenvío.”

*“Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425 del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que **es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción**”*

“Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual,

*bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones*⁴

Comentario Jurisprudencial: Concepto de Funcionario Público

Fundamento

Todos los delitos exigen que los bien jurídicos, inicialmente libres de influencias ajenas, sean o colocados en la disponibilidad del autor para que este luego pueda lesionarlos. Ahora bien, existen algunos delitos (delitos especiales) en los que la especial configuración del tipo lleva a que solo algunos sujetos puedan tener la suficiente influencia o dominio sobre el bien, influencia que les permitirá lesionarlos^[1]. En tal sentido, es esta relación de dominio (llamada relación de dominio social típica^[2]; relación del dominio sobre el fundamento del resultado^[3] o dominio del riesgo típico^[4]) que pone en disposición del autor determinados bienes jurídicos. En definitiva, lo que se encuentra detrás de los delitos especiales es esta relación frente a los bienes jurídicos, por lo que será autor quien tenga el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. En el caso de los delitos de corrupción, el sujeto, al ingresar al aparato público, cumple determinadas funciones que le lo colocan en una posición de proximidad frente al bien jurídico, dándole la capacidad no sólo de fomentar los servicios públicos, sino también de afectarlos.^[5]

Lo dicho antes nos permite afirmar que la calidad de funcionario público no es un simple elemento accidental de los delitos de corrupción, sino que se encuentra entrelazado con el fundamento mismo de los delitos contra la administración pública. En otras palabras, la razón por la que el legislador delimitó el número de autores de los delitos de corrupción tiene su fundamento

1 cf. GRACIA MARTIN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. En: Estudios de Derecho Penal. Lima: IDEMSA, 2004. p. 142.

2 cf. Ídem. pp. 142-143.

3 SCHUNEMAN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-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.

4 cf. GOMEZ MARTÍN, Victor. Los delitos especiales. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006. p. 364.

5 cf. DONNA, Edgardo. El concepto de funcionario público en el Código penal peruano. En: Revista peruana de Ciencias Penales, N° 11-12, Año VII-VIII. Lima: Idemsa, 2000. pp. p. 273.

en la situación de vulnerabilidad que tiene la administración pública frente al funcionario.

Autonomía

Hemos visto que el concepto de funcionario público es la piedra angular de los delitos contra la administración pública. Ahora bien, este concepto debe estar funcionalizado al objetivo que busca cumplir: determinar que sujetos tienen, por la función que cumplen, la capacidad de lesionar la correcta administración pública a partir del dominio que sobre ella ejercen.

Si se comparte lo antes dicho, resulta lógico afirmar que el concepto de funcionario público manejado por el Derecho penal será independiente al que se maneja en el Derecho laboral y en el Derecho administrativo. Aquí destaca lo dicho por Sala Penal de Apelaciones en el presente caso, toda vez que la relación laboral no debe ser un límite para la determinación de la calidad de funcionario público. Más aún, la sentencia en comentario se impone frente a las tendencias que utilizan una interpretación restringida y formal de lo que se debe entender por funcionario público. Estas tendencias parten muchas veces de utilizar el concepto de funcionario público de otras ramas del Derecho sin tener en cuenta los objetivos y fines que el Derecho penal busca cumplir^[6]. En esta medida, es meritorio que la Sala Penal de Apelaciones se aleje de este concepto restringido y subraye la autonomía del concepto penal de funcionario público.^[7]

Elementos del Concepto de Funcionario Público

Sobre la base antes descrita, hemos planteado anteriormente el siguiente esquema dual para poder identificar cuando estamos frente a un funcionario público :

- **Incorporación heterónoma a la función pública:** el sujeto deber ser incorporado a la función pública a través de un acto de selección, designación o elección. Dichos actos comparten el hecho de que la incorporación a la función pública esta sujeta a un poder externo o ajeno (norma o autoridad)

6 cf. MEINI, Iván. Temas de Autoría y participación en delitos contra la Administración Pública. Ponencia presentada en el taller de capacitación en delitos contra la administración pública”. En: Boletín Proyecto Anticorrupción N° 13. Lima: Idehpucp, 2012. p.4. Disponible en:http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio_2012_n13.pdf

7 cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2013. pp.33-37.

al sujeto que pretende ser funcionario público. En otras palabras, el sujeto es incorporado a través de una selección (a través de concurso público), elección (funcionarios electos a través de sufragio) y/o designación (una autoridad competente destina al sujeto para la función pública, lo cual no necesariamente se producirá a través de la vía formal)

- **Posibilidad efectiva de ejercicio de la función:** el sujeto debe tener una posición de cercanía con el bien jurídico. En tal sentido, el sujeto deberá tener la posibilidad concreta (y no abstracta o irreal) de ejercitar el poder otorgado al momento de su incorporación a la función pública. En otras palabras, el sujeto deberá poder vincular al Estado con sus actos.

En el presente caso, es claro que un locador de servicios de una entidad estatal es un funcionario público, toda vez que es incorporado por un proceso de selección. Además, no sólo tiene la posibilidad de ejercitar la función pública, sino que en el presente ejercita efectivamente sus poderes como funcionario público al elegir a la empresa en el proceso de adjudicación de la buena pro antes comentado.

Ahora bien, los elementos antes citados han sido recogidos en las convenciones internacionales contra la corrupción. A continuación, veremos la relación que guardan dichos instrumentos internacionales con el concepto penal de funcionario público.

Convenciones contra la corrupción y remisión

Existen dos tratados internacionales que otorgan definiciones de funcionarios públicos a efectos de colaborar con la persecución y sanción de los delitos de corrupción. Por un lado se encuentra la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997, la cual señala en su artículo 1° lo siguiente:

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

“Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

En esta misma línea, el artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (en adelante CNUC) (ratificada por el Estado peruano el 16 de noviembre de 2004) señala lo siguiente:

A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

Como hemos señalado anteriormente las definiciones manejadas por los instrumentos internacionales antes vistas, presentan las siguientes características:^[8]

- El título habilitante de incorporación a la función pública puede ser la selección, designación y/o elección como antes ya se dijo

8 cf. Ídem. p. 34.

- Toda persona que desempeña una función o servicio público
- Irrelevancia de la denominación o nomen iuris utilizado
- Irrelevancia del nivel jerárquica
- Irrelevancia de la antigüedad
- Irrelevancia del carácter permanente o temporal del cargo
- Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo

Como bien ha señalado la sentencia en comentario, el concepto de funcionario público utilizado por el Código penal debe coincidir necesariamente con las características antes señaladas. ¿Cuál es el fundamento de esta afirmación?

- En primer lugar, se debe tomar en cuenta que las normas internacionales antes citadas pertenecen al ordenamiento jurídico peruano, toda vez que, en virtud del artículo 55° de la Constitución, todos los tratados celebrados por el Estado peruano forman parte del Derecho nacional. Esto último ha quedado confirmado por la Ley 26647.
- En segundo lugar, el artículo 425 inciso 6 señala que se entenderá se considerará funcionario público a los demás indicados por la Constitución política y la ley. Si se comparte lo dicho en el párrafo anterior, resulta lógico decir que las definiciones de la CICC y CNUC son normas del ordenamiento jurídico a los cuales hacen referencia la norma penal en mención. En conclusión, el artículo 425 nos dirige al artículo 1 de la CICC y 2 de la CNUC. Estas normas internacionales funcionan entonces como criterios hermenéuticos que determinan el alcance del concepto de funcionario público.
- En tercer lugar, estamos ante normas autoaplicativas, es decir, normas internacionales de aplicación inmediata que no requieren de un acto legal adicional para desplegar sus efectos jurídicos. Ello debido a que son normas completas, claramente definidas, y lo suficientemente específicas para poder aplicarse judicialmente en un caso concreto.^[9]

Finalmente, conviene analizar la referencia que hace la Sala Penal de Apelaciones en el caso en comentario en relación a las normas de reenvío. En tal sentido, ¿Ante 9 cf. Ídem. p. 39.

qué tipo de remisión nos encontramos?

Las técnicas de remisión son técnicas legislativas que abarcan tres fenómenos: leyes penales en blanco, elementos normativos jurídicos y cláusulas de autorización.^[10] Estas últimas son un tipo especial de leyes penales en blanco, por lo que el dilema radica en diferenciar los elementos normativos de las leyes penales en blanco.

- **Leyes penales en blanco:** La norma penal remite a otras normas extrapenales para llenar el vacío dejado por el legislador.^[11] En tal sentido, es en la norma extrapenal donde se determina el elemento típico.^[12] Estamos entonces a una remisión en bloque que busca integrar una norma, esto es, llenar un vacío dejado por la norma penal.^[13]
- **Elementos normativos:** El tipo penal esta completo, pero para interpretar estos elementos se tiene que hacer una valoración para la cual resulta inevitable recurrir a los conocimientos de otras áreas del Derecho y sus respectivas normas. Estamos ante una remisión interpretativa, que no llena un vacío (ya que el tipo penal esta completo) sino que se limita a interpretar un elemento del tipo^[14].

Lo descrito en los párrafos anteriores nos permite concluir señalando que el concepto de funcionario público es un elemento normativo que exija para su interpretación la remisión a las normas internacionales de las convenciones contra la corrupción. Más aún, no es una remisión a una norma extrapenal de rango infralegal (supuesto que genera bastantes dificultades), sino que estamos ante una remisión interpretativa que nos lleva a una norma internacional que, al versar sobre derechos fundamentales, tiene, al menos, rango constitucional.^[15]

10 cf. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa. Valencia: Tirant le Blanch, 2007. p. 243.

11 cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del delito económico. En: Revista Penal. Huelva: Tomo 21, enero 2008. p. 4.

12 cf. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Ob. Cit. p. 248.

13 cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit. p. 4.

14 cf. Íbidem.

15 Sentencia del Tribunal Constitucional 0047-2004-AI, fundamento 61.

TALLER



Taller para periodistas del Diario La República

Del 5 al 7 de noviembre del año en curso se llevó a cabo el Taller: “Entrenamiento con periodistas”, el mismo que estuvo a cargo del Dr. Yván Montoya Vivanco, Coordinador del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP. Dicho taller estuvo dirigido a periodistas del diario La República. A la cita acudieron miembros de la sección economía, editorial, judicial, política y opinión, del referido diario.

Durante las tres sesiones del taller se desarrollaron diversos temas relacionados con el ejercicio profesional del periodista en el tratamiento de la información relacionada con delitos de corrupción. De esta manera, en el primer día se abordaron aspectos generales sobre el ejercicio de la libertad de expresión y su relación con los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Para ello, se revisaron casos emblemáticos sobre la materia, tales como los de Juan Carlos Tafur, César Hildebrandt, Paolo Guerrero y Magaly Medina, entre otros. Así también, se presentaron algunas reflexiones sobre la responsabilidad colectiva (en los casos de reporteros, directores de programa, de producción, entre otros) y la importancia del reportaje “neutro” al momento de difundir la información.

El segundo día estuvo dirigido a ofrecer una visión panorámica de los delitos más importantes y recurrentes en materia de corrupción, haciéndose hincapié en los requisitos mínimos para su comisión. Además, se presentaron los principales obstáculos en la investigación y tratamiento de estos delitos. Con respecto a la actividad del periodista, se mostraron los errores más frecuentes en los que incurrieron durante el tratamiento de este tipo de información, por lo que se aclararon algunos aspectos importantes de cara a evitar querrelas por delitos como el de difamación.

En el tercer día se explicó el delito de lavado de activos y su relación en la lucha contra la corrupción y las principales herramientas contra la criminalidad organizada como son la colaboración eficaz, la protección de testigos y el agente encubierto.

Debemos destacar que el taller contó con la participación activa de los periodistas, quienes consultaban continuamente sobre cada tópico desarrollado, generando un ambiente de debate que devino en un taller más activo. Agradecemos de esta manera la asistencia de los periodistas del diario La República, así como su especial interés en los temas abordados en el taller.

CURSO DE CAPACITACIÓN

Delitos contra la Administración Pública en Trujillo

Los días 25 y 26 de octubre del presente año se llevó a cabo el curso de capacitación en delitos contra la administración pública en el Distrito Judicial de Trujillo, el mismo que estuvo dirigido a jueces, fiscales, personal auxiliar y funcionarios de la Oficina Regional de Control del Distrito Judicial de Trujillo.

Las ponencias estuvieron a cargo del Dr. Yvan Montoya Vivanco (Coordinador del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP), Vladimir Padilla Alegre (Profesor de Derecho Procesal Penal de la PUCP) y Violeta Santin (Contraloría General de la República). El Dr. Yván Montoya trató la problemática que plantea la parte general del Derecho Penal en delitos contra la Administración Pública, haciendo énfasis en el concepto de funcionario público y algunos delitos emblemáticos sobre la materia. Por su parte, el Dr. Vladimir Padilla Alegre abordó los aspectos procesales que suponen la investigación de este tipo de delitos a la luz del Nuevo Código Procesal Penal. A su turno, la Dra. Violeta Santin desarrolló el tema

de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos y los informes de control que realiza la Contraloría General de la República.

En los días que se dictó el curso, se entabló una relación dinámica e interactiva entre los magistrados y funcionarios asistentes, lo cual, sin duda alguna, promovió la participación activa de muchos de ellos, enriqueciéndose el debate alrededor de diversos temas. Ello se logró a partir de la discusión de diversos casos prácticos, para lo cual se formaron grupos entre todos los asistentes. Luego de ello, un representante de cada grupo expuso las conclusiones adoptadas tanto en mayoría como en minoría, entablandose una vez más el debate entre todos los asistentes.

Hubo un suceso que el equipo experimentó en ese contexto y fue el asesinato del Director del establecimiento penitenciario principal de Trujillo, el Dr. Jorge Izquierdo Quijano, sobre el cual comentamos brevemente. El contexto de inseguridad ciudadana en la que se desenvuelven los magistra-

dos de Trujillo es bastante delicado, sin embargo aquellos mostraron en el evento un elevado profesionalismo y mostraron una participación particularmente intensa en los debates.

Al finalizar el curso los participantes desarrollaron una encuesta, la misma que refleja un especial interés por continuar formando y profundizando sus conocimientos en temas tan complejos como son los delitos contra la administración pública y los temas procesales relacionados con la investigación de los delitos de corrupción. De ahí que una de las recomendaciones más frecuentes fue la necesidad de continuar con la organización de este tipo de actividades con un mayor nivel de profundización y especialización en los temas.

Finalmente, queremos expresar nuestro total agradecimiento a los Doctores Yván Montoya, Vladimir Padilla y Violeta Santin quienes nos acompañaron como docentes del curso, así como a los magistrados y funcionarios que asistieron y participaron en esta oportunidad.

