

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN ⁴⁷

AÑO: 5 - VOLUMEN 46 - NÚMERO 3 - MARZO 2015

ISSN 2410-5899

Marzo - 2015

PRESENTACIÓN Un avance de política criminal en materia de corrupción:
Ley que prohíbe la reelección inmediata de gobernadores regionales y alcaldes

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL Peculado por uso de mano de obra de
funcionarios públicos: Su reconocimiento a través de la resolución de la Sala
Permanente en la Extradición activa 26-2015 (Caso Belaunde Lossio)

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL Caso Caja Militar Policial

COMENTARIO ACADÉMICO Breves apuntes sobre los cambios sugeridos
por la propuesta de nuevo Código Penal en los delitos de corrupción



PROYECTO
ANTICORRUPCIÓN



idehpuep
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN

ISSN 2410-5899

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PUCP

CALLE TOMÁS RAMSEY 925, MAGDALENA - LIMA, PERÚ

PUBLICACIÓN WEB

[HTTP://IDEHPUCP.PUCP.EDU.PE/ANTICORRUPCION/BOLETIN-INFORMATIVO-MENSUAL/](http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/boletin-informativo-mensual/)
MARZO 2015

EDICIÓN: ERICK GUIMARAY, JULIO RODRIGUEZ, YVANA NOVOA, DAVID TORRES
PACHAS

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN: HUGO ANDRÉ RIMARACHÍN

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Un avance de política criminal en materia de corrupción:
Ley que prohíbe la reelección inmediata de gobernadores
regionales y alcaldes

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Peculado por uso de mano de obra de funcionarios
públicos: Su reconocimiento a través de la resolución
de la Sala Permanente en la Extradición activa 26-2015
(Caso Belaunde Lossio)

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Caja Militar Policial

COMENTARIO ACADÉMICO

Breves apuntes sobre los cambios sugeridos por la
propuesta de nuevo Código Penal en los delitos de
corrupción



UN AVANCE DE POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE CORRUPCIÓN:

Ley que prohíbe la reelección inmediata de gobernadores regionales y alcaldes

El orden de los factores en cualquier investigación científica de las ciencias penales es el siguiente: hecho, valoración y norma. O lo que es lo mismo: criminología, política criminal y dogmática. La idea que siempre ha de marcar el derrotero de una correcta gestión pública respecto del crimen debe partir del correcto análisis y descripción del fenómeno criminal que se intenta prevenir y reprimir. Luego, se tendrá que valorar la realidad criminal y decidir qué instrumento o mecanismo más idóneo utilizar, con miras a prevenir o reprimir el crimen. Finalmente, dicha valoración ha de expresarse en una norma jurídica (no siempre de naturaleza penal) la misma que tendrá que ser lo suficientemente garantista y proporcional. Pues como diría el maestro español Juan Terradillos: un Estado de derecho no lo es por los derechos que garantiza, sino por los que está dispuesto a sacrificar.

Así las cosas, comprender en su real magnitud y detalle el fenómeno jurídico social de la corrupción se torna en una necesidad impostergable a cargo de nuestros gestores, técnicos y especialistas que deciden nuestra política criminal. Tarea que se extiende, además, a los ciudadanos de a pie que puedan aportar algo.

Todos conocemos, de forma estricta o no, qué es corrupción. Sin embargo, el gran aporte de una aproximación criminológica tiene que ver con los detalles intrínsecos y concentrados de una especial parcela del fenómeno. Desde una descripción así de focalizada podemos extraer conclusiones importantes de cara no solo a comprender los factores de riesgo, sino además, los factores de estabilidad de la corrupción. Un ejemplo clarísimo de esto supone la reciente Ley N° 30305 aprobada el pasado 5 de marzo de 2015 que prohíbe la reelección inmediata de autoridades de los gobiernos regionales y de los alcaldes.

Esta Ley modifica los artículos 191, 194 y 203 de la Constitución Política, y por lo aquí interesa, prohíbe la reelección inmediata de alcaldes y gobernadores regionales, es decir, transcurrido un período como mínimo podrán volver a postular.

Una medida de este tipo tiene una explicación bastante simple y absolutamente constatable en la realidad. En los últimos años los gobiernos regionales y las municipales se han convertido en espacios de la gestión pública contaminados, casi en su totalidad, por la corrupción. Y la corrupción no es un ente abstracto o fantástico. La corrupción la realizan personas de carne y hueso: funcionarios públicos con alto grado de discrecionalidad, sin control, coludidos con sus pares, inferiores y superiores en la jerarquía administrativa, y, en algunos casos, con una población contenta con la forma, pero ignorante del fondo, respecto de la gestión de los recursos públicos. A su vez, no puede prescindirse en este diagnóstico, de los particulares interesados y corruptos, que al ver el escenario descrito no dudan en intervenir y beneficiarse del poder público puesto al servicio de unos pocos.

Evitar la reelección de los cabezas políticas de los municipios y gobiernos regionales, sin ser una medida jurídico-penal, resulta ser un gran instrumento de prevención y control de actos de corrupción. No porque realmente frene el pago por una licitación o la apropiación de viáticos, sino porque obstaculiza la formación de redes de interés o la creación de estructuras de poder permanentes que involucran a distintos personajes, desde los que ejecutan, deciden, hasta quienes controlan y auditan la gestión pública, realidad perversa que permite gestas corruptas de gran escala.

La no reelección de alcaldes y gobernadores regionales resulta ser una medida político criminal idónea para prevenir conducta de corrupción. De hecho, entender que la política criminal no es sinónimo de huida hacia el Derecho penal es algo que debe calar en nuestros legisladores, pues hace mucho ha quedado demostrado que la pena no soluciona los problemas.

Erick Guimaraes



PECULADO POR USO DE MANO DE OBRA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS:

SU RECONOCIMIENTO A TRAVÉS DE LA RESOLUCIÓN DE LA SALA PERMANENTE EN LA EXTRADICIÓN ACTIVA 26-2015
(CASO BELAUNDE LOSSIO)



POR JULIO RODRIGUEZ VÁSQUEZ
ÁREAL PENAL DEL IDEHPUCP

El 17 de marzo de 2015 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró procedente la solicitud de extradición activa 26-2015. Esta solicitud fue formulada a las autoridades de Bolivia respecto de Martín Belaunde Lossio en el proceso penal que se le sigue por la

supuesta comisión de los delitos de peculado y asociación ilícita.

En el marco de imputación contenida en la solicitud de extradición la Corte Suprema analizó la imputación en contra de Belaunde Lossio referida al “aprovechamiento de recursos humanos”. En

este punto la Sala Penal Permanente reconoció que el elemento típico “caudales públicos” del delito de peculado por utilización comprende la mano de obra de los funcionarios públicos. Dicho con otras palabras, nuestra Corte Suprema ha acogido la tesis de acuerdo a la cual el funcionario público responsable puede cometer el delito de peculado a través del uso indebido de la mano de obra de los servidores públicos a su cargo.

En las siguientes líneas analizaremos brevemente esta modalidad del peculado por utilización reconocida en la resolución de la Corte Suprema antes citada. A continuación los extractos más relevantes de la referida jurisprudencia

EXTRACTOS RELEVANTES:

“Imputación genérica

Se le atribuye a Belaunde Lossio haber contribuido – en calidad de cómplice secundario- a la apropiación y uso de recursos y bienes públicos por parte de funcionarios públicos, con el objeto de sostener y sufragar los gastos de la llamada Centralita (pretendida sucursal

de ILIOS Producciones SAC) creada y dirigida por su persona, por intermedio de Jorge Burgos Guanilo, valiéndose para tal efecto de dinero, así como de bienes y recursos humanos del Gobierno Regional de Ancash, como es el caso del Proyecto Especial Chincas, entre otros.

“Imputación específica”

Hecho uno: Haber recibido y aprovechado recursos humanos del Proyecto Especial Chincas en “La Centralita” bajo fachada de ILIOS Producciones SAC, como fue el caso de Juan Carlos Barrios Ávalos y Julio César Minchola Chumioque, quienes prestaron servicios de manera particular para los fines de la organización delictiva bajo las órdenes de Jorge Burgos Guanilo y este a su vez de Martín Belaunde Lossio, no obstante tener la condición de personal contratado y remunerado por el Proyecto Especial Chincas, enviadas para tal efecto por el entonces Gerente de proyecto especial en cuestión Arnulfo Moreno Corrales (investigado por delito de peculado en calidad de au-



tor). Esto fue desarrollado en el lapso comprendido entre fines de 2009 y septiembre de 2011, en Chimbote en el inmueble ubicado en el jirón los Pinos N° 600, urbanización La Caleta, que fue uno de los locales donde operó “La Centralita”. El aporte de Martín Belaunde consiste en haber recibido a estas personas para que trabajaran en dicho establecimiento organizado y dirigido por él, y administrado por Jorge Burgos Guanilo, mientras seguían teniendo la condición de trabajadores públicos”

“En el Perú, la presunta conducta ilícita del imputada al requerido Belaunde Lossio se subsume en el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, a título de partícipe (cómplice secundario), previsto y penado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal (...)”

PECULADO POR USO DE MANO DE OBRA

El Perú es un Estado Social, tal como lo reconoce el artículo 43° de nuestra Constitución. En este sentido, el Estado no se mantiene neutral ante la realidad social,

sino que está orientado a crear las condiciones sociales reales que favorezcan el desarrollo de las capacidades del individuo^[1]. Es por este motivo que el Derecho penal protege el rol legal y prestacional de la administración pública a través de los delitos de corrupción.

Ahora bien, para cumplir con su rol legal y prestacional el Estado utiliza los recursos públicos como una herramienta orientada a crear las condiciones necesarias para que el individuo desarrolle sus capacidades. Dicho con otras palabras, los recursos públicos son relevantes para el Estado Social en la medida que son indispensables para realizar los fines prestacionales de la administración pública^[2].

1 MIR PUIG, Santiago. El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 33-34.

2 CHAN JAN, Rafael. El perjuicio patrimonial y la cuantía delo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. En: MONTROYA, Yvan (Cord.). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú. Lima: Idehpucp, 2012, p. 123.





La apropiación y el uso personal de los recursos públicos para satisfacer intereses particulares obstruyen y ponen en peligro el rol legal y prestacional del Estado Social de Derecho. Esta realidad justifica la intervención del Derecho penal a través de una tipo penal especialmente dirigido a prohibir y sancionar a todo funcionario público que se apropia o utiliza un caudal o efecto público al que tiene acceso en razón de su cargo. Así, el artículo 387 del Código Penal señala lo siguiente:

“Art.387. El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados

por razón de su cargo (...)”

Conforme a lo antes señalado, el objeto del bien jurídico en el delito de peculado (o bien jurídico específico) es la funcionalidad pública de los recursos del Estado. Es a partir de esta base que se debe analizar los elementos contenidos en la norma penal que prohíbe el delito de peculado y la posibilidad de que se impute un peculado por utilización de mano de obra.

Para cumplir con la meta antes trazada es necesario analizar primero lo que se entiende por caudal y efecto público. Los caudales y efectos públicos son el objeto material del delito de peculado. Los caudales abarcan todo recurso y bien mueble que tiene un valor económico

apreciable^[3]. Por su parte, los efectos son documentos de crédito negociables emanados por la administración pública^[4]. Finalmente, la naturaleza pública se deriva de que el caudal o efecto se encuentre bajo la disposición jurídica de la administración pública. Sin embargo, es preciso señalar que lo público no debe ser entendido en su sentido formal, sino que el carácter público del caudal o efecto dependerá de su vinculación con el cumplimiento

de los fines prestacionales de la administración^[5].

Ahora bien, ¿es posible que la mano de obra se interprete como caudal público? Si se entiende que el caudal público es un recurso con valoración económica que se encuentra a disposición de la administración pública es claro

que sí. El funcionario que utiliza la mano de obra de un servidor público, que está a su cargo, para satisfacer intereses privados está realizando un comportamiento inmerso en la prohibición contenida en el artículo 387°. Ello en la medida de que dicho comportamiento pone en peligro el rol legal y prestacional de la administración pública, toda vez que impide que un recurso público (la mano de obra del trabajador) cumpla con los fines establecidos.

Además, es evidente que la mano de obra es un recurso público cuantificable. Ya que el valor de la mano de obra se determina a partir del dinero que habría gastado el funcionario público en la remuneración de los trabajadores que debió contratar^[6]. De esta manera, no es que se cosifique a los empleados públicos, sino que se objetiviza el valor de su trabajo^[7]. Lo antes dicho puede ser expresado a través del siguiente cuadro:

3 cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Valencia Tirante lo Blanch, 2007, p. 999.

4 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. Lima: Palestra, 2003, p. 349.

5 MORALES GARCÍA, Oscar. Los delitos de malversación. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 223.

6 CASTRO MORENO, Abraham. La malversación de caudales en el código penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 163.

7 *Ibidem*.



SUPUESTO ATÍPICO:

Funcionario público requiere servicio "X" para satisfacer un interés privado

El servicio "X" tiene el valor de S/. "Y"

El funcionario público gasta S/. "Y" para contratar el servicio "X"



PROYECTO
ANTICORRUPCIÓN

SUPUESTO DE PECULADO POR USO DE MANO DE OBRA:

Funcionario público requiere servicio "X" para satisfacer un interés privado

El servicio "X" tiene el valor de S/. "Y"

El funcionario público utiliza la mano de obra de un servidor público a su cargo y se ahorra el S/. "Y"



PROYECTO
ANTICORRUPCIÓN

La mano de obra como caudal público ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia española a través de su delito de malversación. A manera de ejemplo, el Tribunal Supremo español ha señalado en su sentencia del 18 de marzo de 1994 lo siguiente:

“(...) se deben conceptuar como caudales públicos cualquier bien o fuerza de trabajo, incluidos, por consi-

guiente, aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que se utiliza un empleado municipal, en horas en que debe prestar sus servicios al Ayuntamiento, en menesteres y tareas en beneficio particular”^[8].

Asimismo, Manual Abanto reconoce que el artículo 387° del Código Penal incluye dentro del supuesto de utilización de caudales públicos el caso en el que el funcionario público destina temporalmente la mano de obra de un servidor público a su cargo para cumplir determinado fin de carácter privado^[9].

En conclusión, resulta positivo que la Corte Suprema haya realizado una interpretación a través de la cual incluye dentro los supuestos del peculado el uso de la mano de obra de un servidor público para satisfacer intereses privados. Esta interpretación es coherente con el sentido prohibitivo del artículo 387° y permite que el Derecho penal responda ante este tipo de casos.

⁸ Ídem, p. 165.

⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit. p. 345.

CASO CAJA MILITAR POLICIAL



POR YVANA NOVOA CURICH
ÁREA PENAL DEL IDEHPUCP

El 6 de febrero de 2014 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia en el caso Caja Militar Policial confirmando la sentencia apelada (sentencia emitida en 2013 por el Tercer Juzgado Unipersonal de Lima) en el extremo que condena a César Victorio Olivares y a Kenny Valverde Mejía, como autor y cómplice respectivamente, del delito de peculado en agravio del Estado; imponiéndoles 6 años y 5 años de pena privativa de

libertad efectiva, respectivamente. De igual forma, declaró nula la sentencia apelada en el extremo que resuelve absolver a David Cáceres Fanola de la acusación fiscal de cómplice del delito de peculado; disponiendo que se lleve a cabo un nuevo juicio oral en su contra.

Según los hechos expuestos en el presente caso, César Victorio Olivares, gerente general de la Caja de Pensiones Militar Policial (en adelante La Caja), se habría

apropiado a favor de tercero – Empresa Importadora y Exportadora del Perú (CIMEX)- de caudales consistentes en un crédito hipotecario sobre el inmueble donde se venía desarrollando el proyecto de Mercado Arriola, por el monto de 20 850 417.60 dólares, a consecuencia de un préstamo de dinero que La Caja otorgó a dicha empresa por 12 360 000 dólares. La administración de dicho inmueble estaba confiada a Victorio Olivares por razón de su cargo. Para estos efectos, habría suscrito una minuta de levantamiento total de la hipoteca del bien inmueble sin contar con la aprobación del Consejo Directivo de La Caja. Esto generó la pérdida de la garantía hipotecaria que salvaguardaba la deuda ya mencionada.

Por su parte, Kenny Valverde Mejía fue acusado de no constatar que los bienes inmuebles dados en dación de pago por Címex a favor de La Caja existieran realmente o se permitiera la posesión efectiva de los mismos. También se le reprocha que no haya advertido que con la suscripción de la minuta mencionada se levantó la totalidad de la hipoteca y no solo una parte, como era lo que correspondía en tanto que al momento de la

comisión de los hechos Címex no habría cancelado la totalidad de la deuda.

De igual manera, se acusa a Victorio Olivera y a Valverde Mejía de no haber ejercido la defensa jurídica a favor de La Caja, generando como consecuencia que el 11 de enero de 2001 se dicte sentencia en contra de La Caja y que se otorgue de oficio por el juez civil la escritura pública del levantamiento de la hipoteca sin ninguna restricción, perdiendo así la totalidad de la garantía inmobiliaria.

A continuación comentaremos algunos extractos relevantes de la sentencia en análisis:

SOBRE EL DELITO DE PECULADO

“Es delito especial propio y de infracción del deber especial positivo y/o de incumbencia institucional. Esto último se sustenta en que los roles funcionales del agente especial no se encuentran previstos al interior del Código Penal o Ley penal especial, sino en normas extrape-nales genéricas o específicas, y su concepto penal de deberes o funciones se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas

(...). [El] bien jurídico que se tutela consiste en la correcta administración (gestión y direccionamiento), percepción (captar o recepcionar), custodia (protección y vigilancia) del patrimonio del Estado consistente en los recursos (caudales o efectos) asignados a la entidad u organismo concreto, confiados por razón del cargo que ostenta el funcionario o servidor público (...).

SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

“[La] administración y custodia están confiados por razón del cargo. Supuesto que exige una vinculación funcional específica del agente público con los caudales y efectos, esto es, tiene el deber especial positivo de administrar y custodiar los bienes en la entidad u organismo del Estado, en función de lo establecido por la norma extrapenal. En virtud del cual la conducta típica del agente especial no solo es de comisión, sino de omisión impropia (...) prevista en el artículo 13 del Código Penal que regula entre otros supuestos: a) “deber jurídico de impedirlo”, se funda-

menta en que los servidores y funcionarios públicos tienen el “deber de garante por asunción de riesgos”, esto es, tienen el deber especial positivo de control, vigilancia y custodia de los caudales y efectos que administran por razón de su cargo y/o competencia y en cumplimiento de sus roles constitucionales y legales”.

SOBRE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

“En relación al dolo, el agente especial en el delito de peculado, desde una perspectiva ex ante, para cumplir con su deber funcional específico (gestión de contratos públicos, firma de minutas o escrituras públicas) tiene el deber de conocer en sentido normativo (atribución de conocimiento en clave normativa) mediante la recepción y verificación de información (las fichas registrales, los títulos de propiedad o testimonios públicos, escrituras públicas, contratos, cartas notariales, informes técnicos etc.) (dolo antecedente) y confrontarlo con el documento o actividad a realizar. Asimismo, desde una perspectiva ex post, tiene el deber de conocer que de acuer-



do a su normativa y máxima de experiencias (estándares o patrones sectorializados en base a la experiencia) que con su actuar funcional no destine los caudales y efectos a terceros, que está sujeto a su administración y custodia (dolo subsecuente – conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo)”.

COMENTARIO

Con respecto al bien jurídico protegido en el delito de peculado, la Sala de Apelaciones pone a pie de página en su sentencia que el delito de peculado “protege el patrimonio público”, citando el Recurso de Nulidad N° 546-2012-Lima de fecha 06 de mayo de 2013. Esta interpretación del bien jurídico protegido no calza con lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia de los cuales Perú es parte. Así pues, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece en su artículo 3 que “para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”. De igual forma,

la Convención Interamericana contra la Corrupción dispone en su artículo XII que: “para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”. Y es que el patrimonio ya se encuentra protegido como bien jurídico por los delitos contra el patrimonio contemplados en el Código Penal peruano. El patrimonio del Estado no puede ni tendría por qué ser considerado mejor que el patrimonio de los particulares o digno de una protección especial por parte del Derecho Penal.

El debate en torno al bien jurídico en el delito de peculado ha sido cerrado gracias al Acuerdo Plenario a-2005/CJ-116, el cual establece que lo que se protege, en buena cuenta, son los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado.^[1]

1 MONTOYA VIVANCO, Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p.

En relación con la posición de la Sala referida a que los delitos contra la administración pública son delitos especiales y de infracción de deber, consideramos pertinente comentar que, a nuestro entender, para los delitos de corrupción, si bien implican la vulneración de deberes funcionariales, el criterio de la autoría “debe ser buscado no solo en la infracción de un deber formal extrapenal o institucional, sino en una relación especial de dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Este dominio se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado, es decir en la cercanía o proximidad fáctica al bien jurídico protegido (...)”.^[2]

En esta misma línea, los funcionarios públicos tienen deberes inherentes a su cargo o función que deben respetar. No obstante, el respeto y cumplimiento de dichos deberes solo tiene sentido en tanto los funcionarios se encuentran en una posición privilegiada en relación al bien jurídico protegido por los delitos de corrupción. Los deberes funcionariales encuentran

su razón de ser en la protección del bien jurídico “correcta administración pública” entendida como el fin objetivo (imparcial), legal y prestacional de la Administración, en tanto esta se encuentra al servicio del interés común y de la ciudadanía en general. Siendo esto así, en fundamento de considerar a alguien como autor de un delito de corrupción descansa en que aquella persona se encuentra en una posición privilegiada o muy cercana al bien jurídico, en virtud de sus deberes, lo cual le permite lesionar o poner en peligro dicho bien más fácilmente.

Por otro lado, nos parece valioso que la Sala de Apelaciones haya analizado los hechos llegando a la conclusión de que el actuar de los acusados encaja en un supuesto de comisión por omisión y que omitiendo actuar de determinada manera que les era exigible cometieron el delito e infringieron sus deberes funcionariales lesionando gravemente los intereses públicos. Según los hechos del caso, los acusados se encontraban en una posición de mucha cercanía o dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico protegido.

La tesis por la que parece optar la Sala de Apelaciones y que a su vez

87.

2 Ibidem, p. 43-44





compartimos es la de la identidad normativa y valorativa entre omisión y comisión. Esta tesis postula que los comportamientos omisivos y los activos son idénticos valorativamente y, en este sentido, son típicos ya que constituyen medios idóneos para cometer los delitos.^[3] Para hablar de comisión por omisión es necesario que el agente cuente con una posición de garante frente al bien jurídico.

Para determinar quién cuenta con el deber de garante es necesario identificar en qué forma el deber de garante se encuentra configurado: a través de deberes preconfigurados o a través de deberes configurados por el propio sujeto. En el presente caso nos encontramos ante el primer supuesto (deberes preconfigurados) ya que estos “son delimitados por el ordenamiento jurídico normalmente mediante alguna regulación legal (leyes, reglamentos, directivas) y se encuentran adscritos a un

3 MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal-Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 182-187.



20

determinado cargo o función”.⁴ Los condenados Victorio Olivera, Kenny Valverde y David Cáceres Fanola, eran funcionarios públicos que, al sumir libremente el cargo público, asumieron también los deberes que este traía consigo, convirtiéndose en garantes del bien jurídico protegido en el delito de peculado.

Entonces, por ejemplo, cuando Cáceres Fanola, en su condición de Supervisor de Asesoría Jurídica, recibió la notificación de la demanda de otorgamiento de escritura pública del levanta-

miento de la hipoteca y no realizó ningún acto legal de defensa en contra de dicha demanda, perpetró una omisión que implicó la pérdida de la garantía hipotecaria y de la deuda que no había sido pagada en su totalidad.

Con respecto al dolo, nos parece importante resaltar la perspectiva que ha tenido la Sala de Apelaciones en tanto ha indicado expresamente que para determinar si una conducta es dolosa, debe verse primero si al agente se le exigía conocer el riesgo prohibido que estaba generando. En este sentido es valioso que haga referencia a que los funcionarios públicos, al contar con deberes determinados

⁴ Ibidem, p. 193.

sobre la base de sus funciones concretas, se les exige conocer en sentido normativo si su conducta tiene la capacidad de lesionar el bien jurídico protegido. Asimismo, se debe destacar que la Sala incide en que los funcionarios no solo tienen una exigencia normativa de conocer el riesgo prohibido, sino que deben tener la posibilidad de actualizar dicha exigencia. Es decir, que según las circunstancias concretas del caso, los funcionarios hayan podido conocer efectivamente que su comportamiento u omisión ponía en riesgo al bien jurídico que con su función pública deben cautelar. En torno a este tema cabe resaltar lo señalado por Meini:

“Esta exigencia de conocimiento es el mínimo común e irreductible (a nivel subjetivo) de todo injusto y es lo que permite exigir al sujeto que obre según el mandato normativo. Si no exige conocer no se puede exigir que se evite actuar. Por eso, el injusto puede definirse desde el punto de vista subjetivo como un comportamiento cuyo riesgo se exige conocer, y justo el dolo y la imprudencia son formas de perpetrar el mismo injusto”.

En conclusión, consideramos que la presente sentencia cuenta con elementos importantes a destacar en tanto ha realizado un análisis adecuado de los hechos del caso y de las exigencias que recaen sobre los funcionarios públicos. La corrupción es un fenómeno que siempre va un paso más adelante y es por eso que el análisis que realiza la Sala de Apelaciones es valioso de cara a evitar la impunidad de casos complejos de corrupción como el presente.

BREVES APUNTES SOBRE LOS CAMBIOS SUGERIDOS POR LA PROPOSTA DE NUEVO CÓDIGO PENAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN



POR: DAVID TORRES PACHAS
ÁREA PENAL DEL IDEHPUCP

El Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos^[1] que propone la promulgación de un

nuevo Código Penal (en adelante, NCP) ha traído consigo una serie de cambios sustanciales alrededor de los temas de la Parte Especial del Código de 1991. Los delitos de corrupción no han sido ajenos a ello, por lo que es necesario revisar cuáles son los cambios más resaltantes que se formulan a

1 Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/255560869/Dictamen-Nuevo-Codigo-Penal>. Consulta: 30 de marzo de 2015.

efectos de identificar los aspectos que se mantienen, aquello que ha sido objeto de mejoras y, por qué no, plantear algunos cuestionamientos que podrían generarse en su aplicación.

A continuación, realizaremos algunas anotaciones sobre los principales cambios que plantea el dictamen:

A) ABUSO DE AUTORIDAD (ART. 376/ART. 559 NCP)

Se aprecian dos cambios con respecto al delito de abuso de autoridad. En primer lugar, la referencia al “grave perjuicio a la persona” que exigiría el artículo 559 de la propuesta de nuevo código (en adelante, NCP). La pregunta natural que se desprende es qué debemos entender por grave perjuicio.

Recordemos que el delito de abuso de autoridad se vincula con una situación de especial vulnerabilidad que recae en el particular, ya que se ve compelido a actuar por una orden arbitraria del funcionario público. El fraseo “grave perjuicio” nos lleva a la conclusión de que ciertos órdenes del funcionario podrían generar perjuicios sobre el particular que no tendrían

la suficiente gravedad para ser desvaloradas por el Derecho Penal. De ahí que ante tales casos la sanción administrativa será la respuesta para sancionar dichos comportamientos.

De otro lado, se aprecia que tanto en el primer como segundo párrafo del artículo 559 NCP se han elevado sustancialmente las penas. Puede presumirse que lo que busca el legislador sea evitar que el funcionario autor del delito de abuso de autoridad sea sancionado con una pena privativa de libertad suspendida conforme al artículo 51 del Código Penal.

Cabe mencionar al respecto que este cambio se sumaría a lo planteado por la Ley N° 30304, ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de colusión y peculado.

B) CONCUSIÓN (ARTÍCULO 382/ART. 566 NCP)

En lo que se refiere al delito de concusión solo se aprecia un cambio en las consecuencias jurídicas del delito. En primer término, el incremento en el marco de pena abstracta que se eleva a un rango de cuatro a ocho años; en segundo lugar, la referencia

expresa al plazo de inhabilitación para ejercer cargo público hasta por veinte años, así como la eliminación de la pena de multa.

El primer cambio respondería a la tendencia legislativa de incrementar el marco de la pena con el propósito de que las sentencias condenatorias sean de prisión efectiva, para así, en teoría, combatir de manera más eficaz a los funcionarios públicos autores de delitos de corrupción. La segunda reforma que plantea el nuevo código, en nuestra opinión, responde a un esfuerzo por dejar en claro a cierto sector de la magistratura que equivocadamente entendía que en los delitos de corrupción la pena de inhabilitación era accesoria, a pesar de que el Acuerdo Plenario N° 2-2008, dejaba en claro su naturaleza de pena principal. Finalmente, intentando esbozar una respuesta a la supresión de la pena de multa, ello tal vez se debería a que el legislador entendió que la reparación civil derivada de los delitos de corrupción podía suplir la necesidad de imponerla.

c) COLUSIÓN (ARTÍCULO 384/ ART. 568 NCP)

Con respecto al delito de colusión, se aprecia un cambio gramatical que era necesario en el primer párrafo del artículo 384, pues el término correcto era “concertar”. Asimismo, se aprecia nuevamente la intención del legislador de elevar el marco de pena abstracta de tal manera que la pena privativa de libertad se aplique de manera efectiva.

Otro cambio que debe tomarse en cuenta es que el artículo 568 relaciona la agravante del delito de colusión con una lesión al patrimonio del Estado. Ello dejaría en claro la naturaleza del perjuicio, ya que con el texto legal del Código de 1991, había surgido el cuestionamiento sobre dicho aspecto. Esta situación se mantuvo hasta que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2011^[2], señaló que el perjuicio al que se hacía referencia en el delito de colusión estaba relacionado con el abuso en el

2 Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>. Consulta: 30 de marzo de 2015.



ejercicio de la función pública y a los principios que lo informan.

D) PATROCINIO ILEGAL (ARTÍCULO 385/ART. 569 NCP)

El único cambio que se aprecia está en las consecuencias jurídicas del delito de patrocinio ilegal. De esta manera, se incrementa el marco de pena abstracta en sus extremos máximos y mínimos; se deja de lado la pena de prestación de servicios comunitarios, la misma que es reemplazada por el establecimiento expreso de la pena de inhabilitación.

Esta última modificación no era necesaria ya que los delitos de corrupción tienen una pena de inhabilitación principal, en concordancia con el artículo 426 del Código de 1991.

E) PECULADO (ARTÍCULO 387/ART. 571 NCP)

Pueden apreciarse diversos cambios en el delito de peculado. En primer término, se retira la referencia a la modalidad culposa

del delito, la misma que se regula de manera independiente por el NCP.

De otro lado, se elimina la expresión “para sí o para otro”. En su lugar, se opta por regular la modalidad omisiva del delito. Así pues, ahora no solo se sanciona al funcionario que se apropia o utiliza los fondos públicos que administra, sino también a aquel que permite que otro (funcionario o no) realice dicha conducta con su conocimiento. Ello solo respondería a

la necesidad de tratar de abarcar y comprender todas las conductas que podrían subsumirse, dejando de lado el ejercicio interpretativo que toda norma exige.



Además de ello, la propuesta de modificación del delito de peculado contiene un criterio cuantitativo con respecto al valor de los bienes públicos que son materia de apropiación. Debemos advertir que ello no implica que el bien jurídico protegido en el delito de peculado sea el patrimonio,



sino que se pretende establecer un criterio que permita aplicar los principios de lesividad, subsidiariedad y última ratio del Derecho Penal en el análisis de los casos concretos. De otra manera, se afirmarí que la apropiación de cualquier monto de los fondos del Estado, por mínimo e irrisorio que fuera, sería suficiente para afirmar la comisión del delito de peculado y aplicar las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, obligando al sistema de justicia a poner en marcha todos sus esfuerzos por procesar al funcionario y a sus eventuales

cómplices. Si bien es cierto que todo acto de corrupción debe ser sancionado, dicha sanción también podría ser de naturaleza administrativa.

De lo anterior también se desprende porqué la apropiación de un monto superior a diez unidades tributarias se refleja en un incremento del marco de pena abstracta (no menor de ocho ni mayor de quince años). El valor de lo apropiado no se tomará en cuenta si se tratara de fondos destinados a fines asistenciales.

Además, el monto mínimo no se aplicará para los casos de funcionarios señalados por el artículo 99 de la Constitución. Se entiende que ello se debe a que tales funcionarios se encuentran en los niveles más altos en la jerarquía del Estado, por lo que pueden tener mayores niveles de acceso, decisión, y disponibilidad sobre los recursos públicos.

F) PECULADO CULPOSO (ARTÍCULO 387/ART. 572 NCP)

En primer lugar, se observa un cambio en el *nomen iuris* del delito, el cual ahora se denomina “peculado por imprudencia”. Ello deja más claro el comportamiento del funcionario público, pues por falta de diligencia permite que otro se apropie de los caudales públicos. Asimismo, se deja de lado el término “sustracción”, y se indica con mayor precisión que en realidad se trata de actos de apropiación o utilización, y por tanto de una conducta similar a la del autor de peculado.

Se observa además un cambio en una de las penas aplicables, ya que no existe la pena de prestación de servicios comunitarios en la fórmula del NCP. Muy por el contrario, se incrementa el marco

de pena abstracta tanto en la modalidad simple como agravada, así como establece la pena de multa e inhabilitación de manera expresa.

G) PECULADO DE USO (ARTÍCULO 388/ART. 573 NCP)

Se aprecia otro cambio en el *nomen iuris*, ya que se opta por denominar a esta modalidad como peculado por uso. Se trata pues de una modificación que refleja el propósito de la apropiación de los bienes públicos. Además, se indica que el uso de los instrumentos de trabajo debe afectar la función pública, por lo que se entiende que no cualquier uso ajeno a ésta va a configurar el delito. Será tarea del Poder Judicial establecer criterios de diferenciación.

Así también se tiene que no se ha considerado la utilización de los vehículos motorizados que le son asignados al funcionario público en razón de su cargo como un supuesto atípico. Esta decisión recoge lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04298-2012-PA/TC (caso Roberto Torres, exalcalde de

Chiclayo)³, pues dichos vehículos también podrían ser utilizados para fines personales, ya sea con el objetivo de usarlos como medio de transporte particular de los familiares del funcionario o para ser utilizados con fines políticos (campañas electorales, etc.).

H) MALVERSACIÓN (ARTÍCULO 389/ART. 574 NCP)

En el delito de malversación se aprecia una distinción entre una aplicación definitiva “diferente” y otra “pública y diferente”. La segunda fórmula deja en claro que el uso de los recursos del Estado se da dentro del ámbito de la Administración Pública y no busca satisfacer intereses particulares. Asimismo, se incrementan los rangos de pena abstracta y se considera la aplicación de la pena de inhabilitación. Las críticas sobre esta decisión del legislador son las mismas que señalamos anteriormente.

I) TRÁFICO DE INFLUENCIAS (ARTÍCULO 400/AR. 587 NCP)

En el caso del delito de tráfico de influencias puede apreciarse un cambio sustancial, ya que tanto el funcionario o particular que invoca y ofrece sus influencias como el particular interesado son autores del delito de manera pasiva o activa respectivamente. Lo único que puede desprenderse de tal consideración es que se eleva a la categoría de autor a aquel que antes era considerado como un cómplice o inductor.

Esta forma particular de regular el delito de tráfico de influencias responde a los cuestionamientos sobre la responsabilidad penal del interesado en este delito y, en general, de los delitos de corrupción que exigen la intervención de más de un sujeto para su configuración. Así pues, de una lectura restrictiva del artículo 400, se entendía que el interviniente no podía ser considerado como cómplice, pues el delito haría referencia expresa a aquel que invoca las influencias; sin embargo, queda claro que el particular colabora con la afectación del bien jurídico protegido por dicho delito, por lo que no existiría mayor incon-

3 Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04298-2012-AA.html>. Consulta: 30 de marzo de 2015.



veniente para calificar su intervención como la de un cómplice. A pesar de dicho argumento, la propuesta ha optado por construir un nuevo delito.

Finalmente, puede observarse que se deja de lado la referencia al contexto particular de un caso judicial o administrativo sobre el cual se requiere o solicita el uso de las influencias. En su lugar, se ha decidido que dichas influencias puedan ser ejercidas sobre cualquier funcionario público, sin importar el tipo de funciones que realice.

J) ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ARTÍCULO 401/AR. 589 NCP)

Se aprecia un cambio gramatical, pues se reemplaza el término “incrementar” por el de “enriquecerse”. La necesidad del cambio se justifica puesto que el funcionario no solo se “enriquece” incrementando su patrimonio, sino también reduciendo sus pasivos.

Un cuestionamiento que puede realizarse de la lectura del artículo 589 NCP es que parece afirmar que la investigación por dicho delito solo puede realizarse hasta cinco años después de que el funcionario dejó el cargo, lo cual

sería contradictorio con el plazo de prescripción ordinario. Según este último, todo delito prescribe cuando haya transcurrido el plazo máximo de pena abstracta que prevé el delito. En este caso particular, luego de diez años.

De otro lado, también se establece un deber sobre el funcionario público: justificar su enriquecimiento. Esta disposición, lejos de implicar la inversión de la carga de la prueba durante un proceso penal, en realidad refleja el deber de transparencia que recae sobre los funcionarios públicos.

K) OTROS DELITOS:

En delitos como el Cohecho pasivo propio (Artículo 393/Art. 578 NCP), Cohecho pasivo impropio (Artículo 394/Art. 579 NCP), Cohecho activo genérico (Artículo 397/Art. 583 NCP), Negociación incompatible (Artículo 399/Ar. 586 NCP) solo se aprecian cambios en el marco de pena abstracta, la supresión de la pena de multa y la inclusión expresa de la pena de inhabilitación.



PROYECTO
ANTICORRUPCIÓN