idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

APROXIMACIÓN MULTIDISCIPLINARIA PARA EL PROCESAMIENTO DE CASOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

APROXIMACIÓN MULTIDISCIPLINARIA PARA EL PROCESAMIENTO DE CASOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

APROXIMACIÓN MULTIDISCIPLINARIA PARA EL PROCESAMIENTO DE CASOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

Primera edición, Agosto 2015

Elaborado por:

.

Diagramación e impresión:
Publimagen ABC sac
Calle Collasuyo N° 125, Independencia

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2014 -xxxx

Este documento ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos de América, a través del programa de Promoción de la Justicia y la Integridad en la Administración Pública (Pro-Integridad) de USAID, bajo los términos del contrato Nº: AID 527-C-13-00001

Las opiniones vertidas por los autores de esta publicación no necesariamente reflejan el punto de vista de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, ni del Gobierno de los Estados Unidos de América.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 5

INTRODUCCIÓN 7

CAPÍTULO I

Teoría y conceptos generales de los delitos de corrupción de funcionarios

Ética pública e integridad institucional en los servicios de Justicia
Profesor: Yván Montoya Vivanco 13

Gestión Pública y Contrataciones del Estado
Profesor: Christian Guzmán Napurí 37

Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionario
Profesor: Erick Guimaray Morí 57

La lucha contra la corrupción en el Ordenamiento Internacional
Profesora: Renata Bregaglio Lazarte 115

CAPÍTULO II

El proceso penal y los delitos de corrupción de funcionarios

La investigación en los delitos de corrupción de funcionarios
Profesor: Gonzalo Del Río Labarthe 139

Teoria de la prueba en los delitos de corrupción de funcionarios
Profesores: Gonzalo Del Río Labarthe y Julio Rodríguez Vásquez 153

Mecanismos de simplificación procesal aplicables a los delitos de corrupción de funcionarios
Profesor: Joel Segura Alania 179

Reparación civil en los delitos contra la administración pública
Profesor: Rómulo Morales Hervias 195

CAPITULO III

Litigación estratégica y función jurisdiccional

Rol de los operadores del sistema de justicia en las audiencias de los delitos de corrupción de funcionarios
Profesor: Joel Segura Alania 205

Argumentación jurídica
Profesor: Heber Campos Bernal 227

Litigación oral en los delitos de corrupción de funcionarios
Profesor: Joel Segura Alania 243

PRESENTACIÓN

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) tuvo a su cargo, en el marco del Proyecto Pro Integridad, auspiciado por USAID, la implementación de la Diplomatura de Especialización en el Sistema Judicial para resolver casos de corrupción. Este programa buscó incrementar la capacidad de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público en el procesamiento y resolución de casos de corrupción de conformidad con el Nuevo Código Procesal Penal en Lima, Callao, y los distritos judiciales de la Amazonía Peruana. Debe destacarse que los distritos judiciales de la selva peruana no habían tenido previamente la oportunidad de recibir una capacitación semipresencial integral en este tema por lo que el trabajo en estas zonas nos parecía de la mayor importancia y responde a nuestro objetivo institucional de brindar capacitación descentralizada que pueda llegar a la mayor cantidad de rincones del país. Creemos que justamente es en los lugares más alejados donde la falta de control por parte del Estado y la ciudadanía permiten el crecimiento del fenómeno de la corrupción.

En el marco de este esfuerzo de capacitación, ocho especialistas de nuestra casa de estudios brindaron a los participantes de las diplomaturas una comprensión integral de las distintas aristas que componen los delitos contra la administración pública. Cada uno de estos docentes elaboró un material de enseñanza, ahora adaptados a un formato de artículo, y que es precisamente lo que presentamos en esta obra. Esperamos que este trabajo contribuya a comprender mejor la lucha contra la corrupción desde el Poder Judicial y el Ministerio Público lo que, en última instancia, propende al fortalecimiento y vigencia plena de los derechos fundamentales en nuestro país.

Elizabeth Salmón

Directora IDEHPUCP

INTRODUCCIÓN

El proyecto Promoción de la Justicia y la Integridad en la Administración Pública (Pro-Integridad), implementado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), tiene como propósito apoyar los esfuerzos del Estado peruano para reducir la corrupción y fortalecer el Estado de derecho mediante actividades de asistencia técnica estrechamente alineadas con la reforma de la justicia penal en el marco del Código Procesal Penal del 2004 aprobado por Decreto Legislativo N° 957 en 2004. En esa línea, uno de sus componentes centrales es incrementar las capacidades de los operadores de justicia que aplican el Código Procesal Penal para procesar delitos cometidos por funcionarios públicos.

Con esta finalidad, en 2013 Pro-Integridad efectuó un diagnóstico de necesidades de capacitación y formuló un plan de capacitación para jueces y fiscales. El diagnóstico tuvo como fuente principal la autoevaluación realizada por jueces y fiscales de los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao que aplican el Código Procesal Penal a los casos de corrupción, sobre sus necesidades de capacitación en esta materia. Sobre la base de ese diagnóstico, Pro-Integridad entró en una alianza estratégica con el IDEHPUCP que condujo al desarrollo de la “Diplomatura de Especialización en el sistema judicial para resolver casos de corrupción” que alcanzó a cien jueces y fiscales de los distritos judiciales de Lima, Amazonas, Loreto y San Martín.

Uno de los productos valiosos de esta diplomatura son los materiales de enseñanza elaborados por los docentes del IDEHPUCP para el desarrollo de sus asignaturas, los cuales constituyen un valioso material de consulta para todos los operadores del sistema de justicia que atienden casos de corrupción en el marco del Código Procesal Penal.

Este libro sigue la estructura del diseño de la diplomatura y ha sido divido en tres capítulos. El capítulo primero, que contiene la teoría y conceptos generales de los delitos de corrupción de funcionarios, busca motivar la reflexión de los operadores del sistema de administración de justicia respecto al ejercicio ético de su función y el impacto que tiene ésta en la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento de la gobernabilidad en nuestro país; brindar una visión integral de los sistemas administrativos de la administración pública y los conocimientos teóricos y prácticos sobre las normas que rigen las contrataciones del Estado; actualizar y reforzar el estudio dogmático de las instituciones propias del derecho penal sustantivo y su aplicación en las figuras penales propias de los delitos de corrupción; así como estudiar y analizar la aplicación de los instrumentos y convenios internacionales en nuestro ordenamiento interno.

El capítulo segundo está referido al proceso penal y los delitos de corrupción. Tiene como objetivo contribuir a mejorar el desempeño práctico de los operadores del sistema de administración de justicia en la aplicación de las técnicas y metodologías de investigación que les permita procesar (investigar y juzgar) con mayor efectividad los delitos de corrupción; reforzar y actualizar los conocimientos relativos a la teoría de la prueba aplicada a los casos de corrupción conforme al nuevo proceso penal, con la finalidad de permitirles una mejor incorporación y valoración de los diferentes tipos de pruebas en este tipo de delitos; fortalecer sus conocimientos prácticos en la aplicación de mecanismos de simplificación procesal, orientados a garantizar una pronta y eficaz respuesta al conflicto penal; y por último, analizar la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito y diferenciar el resarcimiento y la indemnización en la sentencia penal.

Finalmente, el capítulo tercero se ocupa de la litigación estratégica y la función jurisdiccional. Se propone fortalecer los roles que asigna el Código Procesal Penal a los operadores del sistema de justicia; reforzar las técnicas de razonamiento lógico y la argumentación jurídica de los operadores del sistema de justicia en las diferentes etapas del proceso penal; así como mejorar su desempeño práctico en la utilización de las técnicas de litigación oral aplicadas a los casos de corrupción con la finalidad de permitirles mejorar su intervención en las diferentes audiencias que contempla el Código Procesal Penal.

Estamos convencidos de que el material contenido en este libro será estudiado, analizado y discutido no sólo por los jueces y fiscales que vienen procesando los delitos de corrupción con el Código Procesal Penal, sino también por otros operadores del sistema de justicia, todo lo cual redundará en beneficio de sus habilidades para manejar con mejores herramientas la lucha contra la corrupción en la administración pública.

Lourdes Rivera-Santander Medina

Subdirectora Proyecto Pro-Integridad

CAPÍTULO I

Teoría y conceptos generales de los delitos de corrupción de funcionarios

Ética Pública e Integridad Institucional en los Servicios de Justicia

Profesor: Yván Montoya Vivanco

1. Introducción

En el presente curso se analizará el rol que desempeña la ética en el correcto ejercicio de la función pública, con especial énfasis en los servicios de justicia (en sentido amplio) que brindan tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público. Para ello, se toma como premisa que la ética, en tanto modo debido de actuación humana, es un instrumento imprescindible para la lucha eficaz y multidisciplinar que requiere el fenómeno de la corrupción.

En esa misma perspectiva, la ética pública también es un instrumento eficaz para la construcción de instituciones públicas íntegras. Ello en la medida de que dichas instituciones son organizaciones compuestas por funcionarios impulsados por estándares elevados de conducta moralmente establecidas y, a la vez, son portadoras de decisiones y de prestaciones públicas caracterizadas por su sujeción al Derecho, su sentido de equidad y su transparencia.

La lucha contra los actos de corrupción no sólo debe agotarse en la faceta represiva de los delitos e infracciones administrativas, sino que también debe atender a la exigencia de valores éticos en la actuación de los funcionarios públicos y en el valor integrador que la ética pública puede brindar a las diversas dimensiones que cubren una organización pública (cultural, teleológica y práctica). Es aquí donde los códigos de ética de función pública cumplen un papel importante en el correcto fun-

cionamiento de la administración pública, toda vez que positivizan los principios y deberes éticos que la administración, como organización, reconoce y exige a sus funcionarios.

2. Ética pública e integridad institucional

2.1 Delimitación conceptual de la ética y la deontología

El término ética proviene del vocablo griego "ethos" que significa "lugar donde se habita", pero también "modo de ser" o "carácter"[1]. En esta última acepción, entonces, el "ethos" es el "modo de ser" desde el que los hombres enfrentan la vida, es decir, el modo de ser del que nos vamos apropiando a lo largo de nuestra vida[2].

Ahora bien, la ética se distingue de la moral por los siguientes motivos[3]:

- La moral se refiere al modo de vida cotidiano de cada persona que se orienta por referentes valorativos diversos (normas sociales, religiosas, etc.). La moral supone un enfoque práctico del modo de vida de cada persona.
- La ética supone un enfoque científico del modo de vida de las personas desde la filosofía. Es decir, analiza y reflexiona sobre el modo de vida de las personas, poniendo especial énfasis en el análisis de la vida pública[4]

[1]Cf. CORTINA ORTS, Adela. Ética aplicada y democracia radical. Madrid: Tecnos, 1993, p. 162.

[2]Ibídem. Así también: SEGURA NAYA, Armando. Fundamentación ética de la deontología judicial. En: Ética del juez y garantías judiciales. Madrid: Consejo General del Poder judicial, 2004, p. 39.

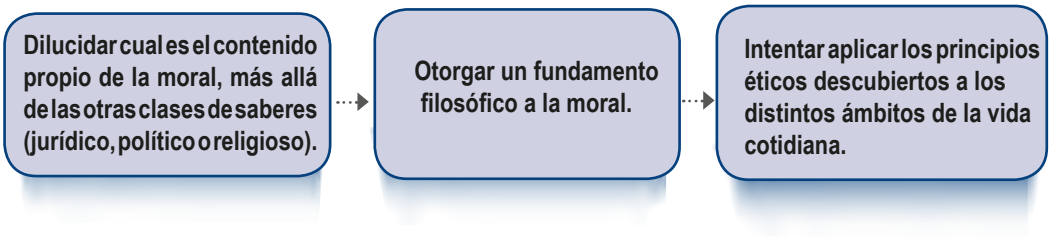
[3]El término moral proviene del vocablo latino "mos" que significa un modo de vida

[4]Cf. MONTOYA VIVANCO, Yván. Ética judicial y corrupción. Artículo inédito. Lima: 2008, p. 1.

De esta manera, la ética es una ciencia que se dedica a la investigación de los fines de la conducta humana[5]. En esta línea, la ética pretende analizar la posibilidad de descubrir criterios o principios aceptables racionalmente, que sirvan de orientación para la conducta humana y la aplicación de principios o máximas de actuación.

Por ello la ética cuenta principalmente con tres tareas[6]:

2.2 La ética aplicada



Con respecto a esta última tarea, habría que decir que no es fácil la aplicación de los principios éticos en los distintos ámbitos de la actividad humana. Esta dificultad es ocasionada por el hecho de que, en las actuales sociedades posmodernas, el enfoque escéptico y relativista de las cosas hace complicado descubrir principios comunes para todos. No obstante, desde la comunicación racional y equitativa de los miembros de una determinada comunidad, es posible dialogar y encontrar criterios comunes o principios de aplicación a los diversos ámbitos de la vida cotidiana[7].

Es decir, lo importante es encontrar y analizar una "ética aplicada" en determinado ámbito de las relaciones humanas.

Es esta ética aplicada la que cobra especial protagonismo en el ejercicio de una determinada profesión. A la ética aplicada a una profesión determinada se le

[5]Cf. SEGURA NAYA, Armando citado por MONTOYA VIVANCO, Yván. Loc. cit.
[6]Cf. CORTINA ORTS, Adela. Ob. cit., p. 164. del que nos hemos apropiado tanto a nivel de los sentimientos, la costumbre o el carácter. [7]Cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Ob. cit. p. 2.
[7]Cf. MONTOYA VIVANCO, Yván. Ob. cit. p. 2.

denomina "deontología"[8]. En efecto, la deontología profesional resulta ser un sistema normativo (criterios, principio y pautas de conducta) destinado a orientar la conducta de personas que se dedican a una determinada profesión. Así pues, en el presente curso nos centraremos en analizar la deontología de la función pública.

2.3 La ética pública y la deontología de la función pública

Un primer aspecto que debemos tomar en cuenta es que existe una diferencia entre la "ética personal" y "ética pública".

- La ética personal es aquella en la cual sólo el individuo participa en el proceso de gestación de una decisión y, por tanto, sólo él es responsable de los resultados finales de dicha elección[9].
- La ética pública es aquella en la cual se eligen determinadas opciones de actuación con repercusiones sociales. La persona no es la única responsable del resultado final de la decisión, sino un conjunto de personasque participan en el proceso de gestación de la decisión[10]. En este sentido, la ética pública engloba a la denominada "ética de la función pública", dado que, al igual que la ética de otras organizaciones humanas del sector privado, existe una pluralidad de personas que participan en el procedimiento de toma de decisiones con repercusiones sociales.
- La ética de la función pública se ha convertido en una de las demandas sociales más aclamadas[11] , puesto que el resultado final de ese modo de actuar de los entes públicos tiene una fuerte relación con los intereses y necesidades de la sociedad. Esto no podría ser de otra forma, dado que la función pública implica una actividad llevada a cabo por personas adscritas a un ente público que tiene la finalidad de satisfacer necesidades generales o de bien común[12] .

[8]Cf. SEGURA NAYA, A. Ob. cit. p. 46.

[9]Cf. FERRER, Juliana. Responsabilidad y códigos de ética, conjunción ineludible en la construcción

[10]Ibídem.

[11]Ibídem.

[12]Cf. OLAIZOLA FUENTES, Inés. Concepto de funcionario público a efectos penales. Delitos contra la administración pública. En: ASUA BATARRITA, Adela (Edición). Delitos contra la administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 79-80.

La ética de la función pública se enfoca en dos planos íntimamente ligados: el enfoque subjetivo y el enfoque objetivo.

- **Desde un enfoque subjetivo**, la ética de la función pública afecta directamente a la conciencia individual de cada uno de los que participan en el ejercicio de las tareas públicas. Se les exige así, la observancia del deber básico de "trabajo bien hecho", que comprende diversos principios éticos como el de dedicación exclusiva, el sometimiento pleno a la ley, el deber de obediencia, la lealtad y la imparcialidad, la honorabilidad, confianza legítima, y buena fe[13].
- **Desde un enfoque objetivo**, la ética de la función pública desarrolla e impone reglas de conducta que se consideran correctas. En este plano la ética de la función pública se plasma en normas escritas que se imponen a los funcionarios públicos[14].

Ambos planos no están separados de manera absoluta, dado que existe una reciproca influencia entre uno y otro. Así, por ejemplo, los códigos de ética (enfoque objetivo) motivan que cada funcionario actúe éticamente; mientras que es la ética personal de cada funcionario (enfoque subjetivo) la que a menudo se positiviza en estos códigos.

Se puede sostener entonces que existe una "ética de las organizaciones". Como bien señala Ferrer, en las organizaciones humanas existe un procedimiento aceptado, más o menos explícito a través del cual se toman las decisiones.

En este contexto el responsable de las decisiones tomadas no es cada uno de los miembros de la organización, sino la organización en su conjunto[15]. Los procedimientos estándar que se siguen en la organización, su estructura y rasgos típicos (cultura organizacional) hacen que esta pueda ser considerada como agente ético[16].

[13]Cf. SAINZ MORENO, Fernando. Ética pública positiva. En: SAINZ MORENO, Fernando (Director) Estudios para la reforma de la Administración pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2004, p. 520.

[14]Ídem, p. 527.

[15]Cf. FERRER, Juliana. Ob. cit. p. 8.

[16]Ídem., p. 9.

Desde este punto de vista, se puede sostener que la administración pública -considerada como organización- tiene su propia ética, la cual se encuentra plasmada en la normativa ético-jurídica correspondiente (Código de Ética de la Función pública) y en la normativa de naturaleza administrativa que regula los procedimientos de actuación de los funcionarios.

La ética de la función pública cumple un papel muy importante en la lucha contra la corrupción estatal, en tanto que no es suficiente una política económica y/o legislativa (preventiva, represiva y de control) para combatirla, sino que se requiere la convicción y la necesidad práctica de una responsabilidad ética que sacuda los cimientos de la corrupción enquistada en el poder público[17].

Debe tenerse en cuenta que una de las principales causas del fenómeno de la corrupción es la ausencia de valores éticos en la sociedad, lo cual explica la poca claridad para determinar lo correcto y lo incorrecto en el ejercicio de la función pública[18].

Esta preocupación de trabajar en el plano ético para combatir la corrupción ha sido recogida expresamente por la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual en su artículo III numeral 3) establece que los Estados Partes se comprometen a brindar instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

[17] Ídem., p. 8.

[18] Cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Sobre la corrupción en el Perú. Algunas notas sobre sus características, causas, consecuencias y estrategias para enfrentarlas. Página: Centro de Estudios y Publicaciones, Volumen XXXII, N° 205, Lima, Junio, 2007, p. 34.

En el mismo sentido, el artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, dispone que cada Estado Parte, promueva la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos, y procure aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

2.4 Integridad institucional: especial referencia a las instituciones públicas

Se ha adelantado brevemente en las líneas anteriores lo relevante de la ética pública no sólo para el ejercicio de la función pública de cada uno de los funcionarios públicos en particular sino también para las organizaciones públicas en cuanto tales. Es esta última perspectiva de la ética la que se relaciona con la integridad institucional de las organizaciones públicas.

De acuerdo al diccionario de la RAE, el concepto de integridad se deriva de la cualidad de íntegro y por tal, en una de sus acepciones, debe entenderse una cosa que posee todas sus partes completas y, aplicado a una persona, hace referencia a un individuo recto, probo e intachable. Entonces, la integridad de una institución pública se manifestará en que desempeñe sus funciones colectivamente con rectitud, probidad y de manera intachable.

Efectivamente, Francisco Longo sostiene que el ideal clásico de una administración pública íntegra se caracteriza por ser "una administración sometida a la ley y compuesta por agentes impulsados al seguimiento de patrones de conducta moralmente aceptables"[19]. La manifestación más concreta de este tipo de administración pública se expresa en la profesionalización de sus miembros[20]; los mismos que acceden y se mantienen en el ejercicio de sus funciones en virtud a razones de mérito y no de favor o clientelaje. Pero el discurso por la integridad institucional en las organizaciones públicas promueve determinados valores como "la probidad (honradez en el manejo de los recursos públicos) y el juego limpio (predominio del interés general

[19] LONGO, Francisco. Servicio civil y ética pública. Ponencia presentada en el IX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del estado y de la Administración Pública. Madrid: 2004.

[20] Ibídem.

sobre el interés particular)". Estos valores no pueden entenderse, en el contexto de una institución pública íntegra sin su vinculación a la ley.

El comportamiento ético del servidor público, como dice Francisco Longo, es ante todo el que aplica de manera más fiel lo previsto en el ordenamiento jurídico. Esto implica estandarizar al máximo las conductas de los funcionarios públicos[21].

Pues bien, este modelo de integridad institucional fue característico de las organizaciones públicas de los países desarrollados. Ello, a partir de las décadas posteriores a la segunda guerra mundial y hasta fines de la década de los años ochenta e inicio de los noventa. Sin embargo, este modelo de integridad institucional pública ha entrado en revisión en los países desarrollados en virtud de su insuficiencia.

En esta medida, no se trata de cambiar los esquemas éticos del funcionamiento institucional, sino de adaptarlos y complementarlos con otros principios en virtud de una serie de cambios y nuevas necesidades de la sociedad actual.

Se trata de sociedades, y la nuestra se encamina en ese sentido: demanda resultados, políticas públicas eficaces, funcionarios públicos con perfiles de gestores y gerentes con iniciativa. Todo ello exige una mayor flexibilidad en los parámetros de toma de decisiones. Por ello, es necesario complementar el modelo clásico de integridad institucional con otros valores éticos de la institución como el valor del trabajo productivo; el mismo que, a su vez, requiere nuevos o renovados valores como esfuerzo, responsabilidad, laboriosidad, austeridad, adaptabilidad a los cambios, etc.

[21] Ibídem

2.5 Principios del buen gobierno y Derecho a la buena administración[22]

El buen gobierno ha sido definido, desde la perspectiva de la ciencia política, como aquel gobierno que se rige por una serie de principios tales como legalidad, control, eficacia, respeto a los derechos humanos, participación ciudadana, estabilidad, entre otros. Estos principios le dan valor al ejercicio del poder.

Como puede deducirse, el buen gobierno, entendido como el conjunto de los principios mencionados que rigen el ejercicio del poder, influye en la gobernabilidad. En el mejor de los casos, una gobernabilidad democrática entendida como "la capacidad de una sociedad (Estado y sociedad civil) para definir y establecer políticas y resolver sus conflictos de manera pacífica dentro de un orden jurídico vigente".

Sin embargo, cuando uno pone un énfasis casi particularizado sobre uno de los principios mencionados, por ejemplo la eficacia por encima de la legalidad o por encima del respeto a los derechos humanos (o cuando se coloca un énfasis considerable sobre la necesidad de estabilidad sobre alguno de los otros principios que caracterizan el buen gobierno), podemos generar un impacto negativo y ocasionar una tergiversación del significado de gobernabilidad. Es a partir de este punto, sobre la falsa concepción de gobernabilidad, que se pueden plantear las relaciones entre gobernabilidad y corrupción.

Por ejemplo, la corrupción como práctica gubernamental (no democrática) puede ser utilizada por los dirigentes de un Estado para lograr una relación pervertida entre formas indebidas y una cierta estabilidad política o económica[23].

[22] PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Centro Regional Panamá. "Gobernabilidad democrática" Disponible en: http://www.regionalcentrelac-undp.org/es/gobernabilidad-democratica. Consulta: 29 de abril de 2014.

[23] Cf. PEREZ NAUFEL, Juan Manuel. Corrupción. Disponible en: http://www.monografias.com/trabajos28/corrupcion/corrupcion.shtml. Consultado el 28 de julio de 2013.

Esta manera de entender la gobernabilidad (no democrática) y la corrupción se puede apreciar sobre todo en los casos relativamente recientes de Argentina, Brasil o Perú. En ellos se han apreciado casos graves de soborno a parlamentarios para lograr la adhesión de grupos políticos opositores y lograr la "estabilidad" de las iniciativas del Poder Ejecutivo.

En cambio, el derecho a la buena administración es un concepto relativamente nuevo y naturaleza más jurídica. En efecto, el profesor Ruiz Rico[24] nos muestra que el derecho a la buena administración no es otra cosa que el conjunto de una serie de principios constitucionales que replantean la relación entre servicio público y ciudadanía. Ellos son los siguientes:

- El principio de "participación ciudadana" en la actividad de los organismos públicos, cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general de los ciudadanos (art. 129 CE). Ello presupone otros principios o derechos como el derecho de audiencia, de participación en espacios institucionales y derecho a la información.
- Principio de autonomía vinculado al principio de subsidiariedad, como método de asignación competencial a favor de la administración más próxima al ciudadano.
- Calidad gerencial en el funcionamiento de los poderes públicos y su correlato en los principios de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9-3 CE).
- Criterios que deben regir la actuación de la administración pública (art. 103 CE), como eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y legalidad administrativa[25].

[24] Cf. RUIZ RICO RUIZ, Gerardo. El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria. En: ÁVILA Carmen y Francisco GUTIERREZ (coordinadores). El derecho a una buena administración y la ética pública. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2011, pp. 55-58.

[25] Ibídem.

De otro lado, el profesor Jaime Rodríguez[26] resume de manera muy clara el fundamento que está detrás del renovado interés por los principios antes mencionados:

> *La centralidad del ciudadano o ciudadana, de los derechos fundamentales de la persona en el Estado, y por lo tanto, el servicio objetivo en favor del interés general al que se debe la administración pública.*

3. La ética pública en la función de las agencias del servicio de justicia

Los órganos de impartición de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público) no son un fin en sí mismos, sino que constituyen un medio o un instrumento, como cualquier otro servicio público, para la satisfacción de determinadas demandas de los ciudadanos. Evidentemente, tienen la particularidad de que dicho servicio cumple, además de la función de dar solución de los conflictos intersubjetivos en la sociedad, el rol de control de los otros poderes públicos.

En esta perspectiva de servicio de la administración de justicia habíamos mencionado en el punto 2.3 de este texto que la administración pública tiene su propia ética, la cual se encuentra plasmada en la normativa ético-jurídica correspondiente (Código de Ética de la Función pública) y en la normativa de naturaleza administrativa que regula los procedimientos de actuación de los funcionarios.

[26] Cf. RODRIGUEZ ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo. En: ÁVILA Carmen y Francisco GUTIERREZ (coordinadores). Ob. Cit., pp. 78-79 y 102-105.

De igual manera, las agencias del servicio de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público) también poseen textos normativos éticos cuyo contenido específico se encuentra adaptado a las funciones que cada una de ellas cumplen. Veamos seguidamente tanto la normativa ética general de todo funcionario público (y los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público lo son) como las normativas particulares de cada una de las instituciones involucradas.

3.1 Los códigos de ética de la función pública

Los códigos de ética tienen la finalidad de dar a conocer a los miembros de una determinada organización humana el compromiso ético en el que están inmersos entre ellos, con la sociedad civil, y con el Estado.

A diferencia de los ordinarios códigos normativos, más que ser un sistema jurídico cerrado y exhaustivo de conductas positivas y negativas, los códigos de

ética contienen determinados principios que manifiestan unas reglas generales, susceptibles de interpretación en el caso particular[27]. Así, constituyen la positivización de los valores éticos y definen el comportamiento considerado ético por los miembros de la organización[28].

Un código de ética, por tanto, es la máxima expresión de la cultura de una organización humana.

Los códigos de ética de la función pública resultan útiles en un plano interno y en un plano externo:[29]

[27]Cf. SOSPEDRA NAVAS, Francisco. Análisis comparado de los Códigos éticos vigentes. En: Ética del juez y garantías procesales. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004. p. 470.

[28]Cf. FERRER, Juliana. Ob. cit., p. 6.

[29]Cf. SOSPREDRA NAVAS, Francisco. Ob. cit. p., 473-474.

En el plano interno	• Refuerzan los valores éticos personales de cada funcionario, sirviendo de referencia conductual para cada uno de ellos.
En el plano externo	• Reafirman la confianza de la sociedad en el buen desempeño de la función pública.

Los códigos de ética tienen un positivo efecto colectivo en los funcionarios públicos, pues a medida que el contenido de principios y valores éticos del código es reconocido y compartido por la mayoría de ellos, mayor será su efecto de irradiación para el colectivo, y principalmente para las nuevas personas que ingresan a la función pública[30] . Los códigos de ética coadyuvan a una mayor transparencia de la actuación de la administración pública, de tal manera que los ciudadanos estén en mejor condición de supervisar su labor.

Ahora bien, un aspecto que debemos considerar es la naturaleza de las normas contenidas en un Código de ética. ¿Son normas ético-jurídicas o normas meramente éticas? Si estas normas son exigibles bajo sanción por parte de algún órgano disciplinario son normas ético-jurídicas, mientras que si no son sancionables son normas meramente éticas[31]. Esto sin perjuicio de que en ciertos casos especiales, los códigos de ética tengan naturaleza mixta, debido a que comparten elementos tanto de normas ético-jurídicas como meramente éticas. Este el caso, por ejemplo, del Código de Ética del Poder Judicial peruano, el cual analizaremos más adelante.

[30]Cf. MONTOYA VIVANCO, Yván. Ética judicial y corrupción. Ob. cit., p. 9.
[31]Cf. SOSPEDRA, Francisco. Ob. cit., p. 475.

Desde nuestro punto de vista, aquello que determina la naturaleza de estas normas son dos elementos:[32]

A. La instancia que elabora las normas o la aprueba. Si el código ha sido creado por el legislador, hay indicio de que sus normas son de naturaleza jurídica coercibles. Por el contrario si ha sido creado por un acto administrativo interno de una institución del Estado, hay indicio de que sus normas son meramente orientativas[33].

B. Las potestades de los órganos creados para su seguimiento. Si el Código tiene un órgano o tribunal administrativo de supervisión (consultivo o sancionador), estaremos posiblemente ante normas de carácter jurídico. Si no existe dicho órgano, estaremos posiblemente ante normas meramente éticas[34].

En el siguiente acápite analizaremos el Código de Ética de la Función Pública en el ámbito nacional, a efecto de conocer sus disposiciones y determinar su naturaleza.

3.2 El Código de Ética de la Función Pública Peruano

El Código de Ética de la Función Pública en el Perú fue creado mediante Ley N° 27815- Ley del Código de Ética de la Función Pública[35]. Dicha ley fue reglamentada mediante Decreto Supremo N° 033-2005-PCM[36].

El artículo 6° del Código reconoce una serie de principios éticos esenciales, de observancia obligatoria por parte de todos los funcionarios o servidores públicos. Estos principios rectores de la función pública cumplen un papel fundamental en la orientación del debido ejercicio del cargo público, puesto que ellos serán la base a partir de la cual se construirá toda la estructura normativa que regule el debido desempeño de la función pública. Estos principios son los siguientes:

[32] Cf. MONTOYA VIVANCO, Yván. Ética judicial y corrupción. Ob. cit., p. 9.

[33] Ibídem.

[34] Ibídem.

[35] Publicada el 13 de agosto de 2002.

[36] Publicado el 19 de abril de 2005.

Respeto	• El funcionario debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y el debido procedimiento.
Probidad	• El funcionario debe actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal.
Eficiencia	• El funcionario debe brindar calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.
Idoneidad	• El servidor debe estar apto técnica, legal y moralmente para ejercer la función pública. El funcionario debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.
Veracidad	• El funcionario debe expresarse con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía. Además, debe contribuir al esclarecimiento de hechos que se relacionen con el desempeño de su cargo.
Lealtad y obediencia	• El funcionario actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes legítimas que le imparta el superior jerárquico competente.
Justicia y equidad	• El funcionario debe tener buena disposición para cumplir cabalmente con cada una de sus funciones, otorgando a cada uno lo que es debido y actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con los ciudadanos, con sus superiores y con sus subordinados.
Lealtad al Estado de Derecho	• El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. El funcionario se encuentra prohibido de ocupar cargo de confianza en régimen de facto bajo sanción de cese automático de la función pública.

De otro lado, el artículo 7° del Código establece una serie de deberes de la función pública de observancia obligatoria por parte del servidor público. Dichos deberes, se entiende, dimanan de la observancia de los principios básicos ético-jurídicos establecidos en el artículo 6° del Código. Así, los deberes ético-jurídicos de la función pública son los siguientes:

Neutralidad	• El funcionario debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.
Transparencia	• El funcionario debe desempeñar su labor con transparencia. En principio, todos los actos funcionariales se consideran públicos y son accesibles al conocimiento de todo ciudadano.
Discreción	• El servidor debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y que estén exceptuados de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.
Ejercicio adecuado del cargo	• El funcionario en el ejercicio de su cargo no debe ejercer ningún tipo de represalia o coacción contra otros servidores públicos u otras personas.
Uso adecuado de los bienes del Estado	• El funcionario debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el cumplimiento de su función de manera racional. El funcionario debe utilizar los bienes del Estado para fines exclusivamente públicos.
Responsabilidad	• Todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral. En situaciones extraordinarias, el funcionario puede realizar tareas que no sean propias de su cargo, siempre que ellas resulten necesarias para mitigar, neutralizar o superar las dificultades que se enfrenten.

Asimismo, en el artículo 8° del mencionado Código se establece una serie de prohibiciones ético-jurídicas de la función pública, que se extraen de los deberes y principios plasmados en el artículo 6° y 7° del Código. Dichas prohibiciones son las que siguen:

Mantener intereses en conflicto	El funcionario no debe mantener relaciones o aceptar situaciones que puedan generar conflicto entre sus intereses personales, laborales o económicos y el cumplimiento de su función pública.
Obtener ventajas indebidas	El servidor no debe obtener o procurar beneficios indebidos, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.
Realizar actividades de proselitismo político	El servidor no debe realizar actividades de proselitismo político a través del aprovechamiento de su cargo público.
Hacer mal uso de información privilegiada	El funcionario no debe participar en operaciones financieras en donde utilice información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por razón de su cargo.
Presionar, amenazar y/o acosar	El servidor no debe ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros funcionario públicos que pudieran vulnerar la dignidad de la personas o inducir a la realización de acciones dolosas.

Finalmente, el artículo 9° del Código establece que el Órgano de Alta Dirección de cada entidad pública es la encargada de diseñar e implementar los incentivos adecuados para que se fomente en su organización la actuación ética de sus miembros. Se señala que dicho órgano debe encargarse de ejecutar las medidas para promover la cultura de probidad, transparencia, justicia y servicio público a través de la difusión del Código, creando incentivos para los funcionarios que actúen éticamente y realizando campañas educativas sobre las sanciones que recaen sobre los actos antiéticos.

Habiendo analizado estas disposiciones, queda entonces referirse a la naturaleza normativa de este Código. Desde nuestra perspectiva, es evidente que el mismo tiene carácter ético-jurídico y no meramente ético, debido a lo siguiente:

El Código se creó mediante una norma de rango legal emitida por el Congreso de la República.

El artículo 15° de dicha ley establece que la Comisión Permanente o Especial de Procedimientos Administrativos Disciplinarios -o al órgano que haga sus veces- de cada entidad estatal, es la encargada de investigar, procesar y sancionar a los funcionarios que cometan alguna infracción contenida en el Código.

Los artículos 10°, 11° y 12° del Código, así como el Título IV de su Reglamento, regulan las sanciones y el procedimiento disciplinario a seguir en caso de violación de alguno de los principios, deberes o prohibiciones señalados.

El Código de Ética de la Función Pública peruano tiene naturaleza ético-jurídica.

Cabe notar que este código es de aplicación para toda la actividad que despliega la administración pública; es decir, abarca el ejercicio de la función pública en todos los niveles y ámbitos estatales (Poder Ejecutivo, Poder judicial, órganos constitucionalmente autónomos, etc.). Sin embargo, como mostraremos a continuación, esto no ha sido obstáculo para que algunas entidades estatales en específico –como el Poder judicial y el Ministerio Público- creen códigos de ética que regulen la actuación debida de sus funcionarios.

3.3 El Código de Ética del Poder Judicial

En el ámbito específico del ejercicio profesional del juez como funcionario público, existe el Código de Ética del Poder Judicial (CEPJ), aprobado por Acuerdo de sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de marzo de 2004.

Este Código de Ética del Poder Judicial (como lo hace la mayor cantidad de Códigos de ética judicial del mundo), reconoce en su artículo 2, cinco principios rectores de la actividad judicial: Justicia, Independencia, Imparcialidad,Honestidad, Integridad. Estos principios son la base de interpretación de las demás pautas de comportamiento vinculados con la ética judicial[37].

Merece destacar aquí los principios de independencia e imparcialidad, pues son los que juegan un papel protagónico en la labor de administración de justicia por parte de los magistrados del Poder Judicial. Estas son las virtudes o valores que con singularidad debe cultivar un buen juez en el ejercicio propio de sus funciones.

Un juez independiente es aquel quien frente a un caso decide sin responder a consideraciones o influencias externas (sean políticas o económicas) o internas (presiones dentro de la propia estructura del Poder Judicial, por ejemplo sus superiores jerárquicos)[38]. Por otro lado, un juez es imparcial cuando se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad[39]. En perspectiva histórica, desde que la resolución de los conflictos se transformó en heterónoma se demanda como esencia del tercero su cualidad de independiente e imparcial[40]

---

[37]Cf. SOSPEDRA, NAVAS, Francisco. Ob. Cit., p. 490.

[38]Cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Ética judicial y corrupción. Ob. cit., p.3. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a un juez independiente contiene los siguientes mecanismos de protección: 1) garantía contra presiones externas, 2) adecuado proceso de nombramiento y 3) inamovilidad en el cargo [Caso Reverón Trujillo vs.Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Junuio de 2009, Serie C N° 197, párr. 70].

[39]Cf. Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56.

[40]Cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Ética judicial y corrupción*. Loc. cit

Además de los principios rectores mencionados, el CEPJ establece otros deberes éticos para los jueces entre los que se encuentran el deber de no participar en actividades de índole política (artículo 6), de diligencia (artículo 7), el deber de transparencia (artículo 8), el deber de actuar con decoro y respetabilidad (artículo 9), etc.

En cuanto a la naturaleza de las normas del Código de Ética del Poder Judicial peruano, es preciso analizar tanto la instancia que aprobó su creación y el medio empleado para ello, así como las potestades de la instancia de control previstas para el cumplimiento del Código.

Con respecto a la instancia que aprobó la norma, el CEPJ fue aprobado por sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de marzo de 2004. Esto llevaría a pensar que posee una naturaleza meramente ética. Sin embargo, el CEPJ establece al Comité de Ética Judicial como la instancia de supervisión de las normas contenidas en él, aunque sin otorgarle potestades coercitivas. Es más, el CEPJ enfatiza en su artículo 12 la naturaleza ética del código y la potestad preferentemente consultiva y de observación de este Comité.

A pesar de ello, el Comité de Ética Judicial guarda indirectamente cierta potestad coercitiva en la medida que puede poner en conocimiento de los órganos de control (OCMA u ODICMAS) aquellos irregulares que haya observado en la conducta de un juez (quejado por los usuarios o sometido a observancia de oficio), siempre que estos constituyan una infracción grave[41].

En conclusión, podemos afirmar que el Código de Ética del Poder Judicial tiene naturaleza mixta; es decir, detenta tanto elementos de normas meramente éticas como elementos de normas ético-jurídicas.

[41] Ídem., p. 10.

3.4 El Código de Ética del Ministerio Público

Respecto de la específica función pública que cumplen los servidores públicos del Ministerio Público, existe el Código de Ética del Ministerio Público (CEMP), aprobado mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 018-2011-MP-FNJFS de 18 de marzo de 2011.

Al igual que en el CEPJ, en el CEMP se establecen una serie de principios éticos que todo personal del Ministerio Público debe observar para realizar un correcto desempeño del cargo. En ese sentido, se reconocen los siguientes principios: Humanidad, Justicia, Igualdad, No arbitrariedad, Probidad, Honestidad, Veracidad, Objetividad, Independencia, Imparcialidad, Transparencia, Prudencia, Reserva, Decoro, Coraje moral, Responsabilidad, Competencia, Diligencia, Dedicación, Respeto, Trabajo en equipo y Liderazgo.

En cuanto a la naturaleza de las normas que se contienen en el CEMP, no cabe duda de que estas son de naturaleza meramente éticas u orientativas, dado que este código fue creado por una norma administrativa de la propia entidad y no establece, lamentablemente, ningún órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de los principios éticos que en el código se recogen. Efectivamente, a diferencia del Código de Ética del Poder Judicial, el Código de Ética del Ministerio Público separa tajantemente las normas éticas del referido Código con las normas que constituyen faltas administrativas según el Reglamento de Control Interno del Ministerio Público.

Bibliografía

- **CORTINA ORTS**, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Tecnos, 1993.
- **FERRER**, Juliana.. *Responsabilidad y códigos de ética, conjunción ineludible en la construcción de organizaciones humanas: un caso de aplicación. Ponencia presentada en el VII congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Lisboa: 2002.
- **LONGO**, Francisco. *Servicio civil y ética pública. Ponencia presentada en el IX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del estado y de la Administración Pública*. Madrid: 2004.
- **MARTIN FIORINO**, Víctor. *El poder integrador de la ética en la función pública y su contribución al desarrollo. Ponencia presentada en el IX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del estado y de la Administración Pública*. Madrid: 2004.
- **MONTOYA VIVANCO**, Yván. *Sobre la corrupción en el Perú. Algunas notas sobre sus características, causas, consecuencias y estrategias para enfrentarlas. Página: Centro de Estudios y Publicaciones, Volumen XXXII, N° 205, Lima, Junio, 2007.* Consulta: 09 de mayo de 2014

  http://www.memoriayprofecia.com.pe/sites/default/files/Sobre_la_corrupci__n_en_el_Per__._Montoya__P__g_205_.doc
- **MONTOYA VIVANCO**, Yván. *Ética judicial y corrupción*. Artículo inédito. Lima: 2008.
- **OLAIZOLA FUENTES**, Inés. Co*Concepto de funcionario público a efectos penales. Delitos contra la administración pública*. En: ASUA BATARRITA, Adela (Edición). Delitos contra la administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 77-85
- **PEREZ NAUFEL**, Juan Manuel. *Corrupción*. Consulta: 09 de mayo del 2014.

  http://www.monografias.com/trabajos28/corrupcion/corrupcion.shtml

- **PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO**. *Centro Regional Panamá. "Gobernabilidad democrática"*. Consulta: 09 de mayo del 2014. http://www.regionalcentrelac-undp.org/es/gobernabilidad-democratica

- **RODRIGUEZ ARANA**, Jaime. *El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo. En: ÁVILA Carmen y Francisco GUTIERREZ (coordinadores). El derecho a una buena administración y la ética pública.* Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2011.

- **RUIZ RICO RUIZ**, Gerardo. *El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria. En: ÁVILA Carmen y Francisco GUTIERREZ (coordinadores). El derecho a una buena administración y la ética pública.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp.55-75.

- **SAINZ MORENO**, Fernando. *Ética pública positiva. En: SAINZ MORENO, Fernando (Director) Estudios para la reforma de la Administración pública.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2004.

- **SEGURA NAYA**, Armando. *Fundamentación ética de la deontología judicial. En: Ética del juez y garantías judiciales*. Madrid: Consejo General del Poder judicial, 2004.

- **SOSPEDRA NAVAS**, Francisco. *Análisis comparado de los Códigos éticos vigentes. En: Ética del juez y garantías procesales.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

Gestión Pública y Contrataciones del Estado

Profesor: Christian Guzmán Napurí

1. Introducción

A diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, en los contratos administrativos, la Administración procura la satisfacción del interés general. El acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de su función administrativa. Es por ello que es el resultado de un proceso reglado. Como resultado, se encuentra regulado por el Decreto Legislativo 1057, y su reglamento.

1.1 Ámbito de aplicación y especialidad de la norma

La contratación administrativa se aplica en general a las entidades que componen el Estado, conforme el artículo 3º de la Ley, y en general a los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, siempre que cuenten con autonomía administrativa, económica y presupuestal.

Asimismo, hay un conjunto de situaciones a las cuales no se aplica la normativa antes señalada como la contratación de trabajadores, empleados, servidores o funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa o laboral

de la actividad privada; los actos de disposición y de administración y gestión de los bienes de propiedad estatal; o las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, entre otros.

1.2 Órganos que participan en las contrataciones

El artículo 6º de la Ley preceptúa que cada Entidad establecerá en su Reglamento de Organización y Funciones u otros instrumentos de organización, el órgano u órganos responsables de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación, debiendo señalarse las actividades que competen a cada funcionario, con la finalidad de establecer las responsabilidades que le son inherentes. Normalmente es la oficina de abastecimiento o logística que a su vez depende de la Oficina General de Administración (OGA).

1.3 Los principios rectores en las contrataciones públicas

Existen un conjunto de principios rectores de la contratación estatal, regulados en el artículo 4º de la Ley[1], que funcionan como criterio interpretativo e integrador para

[1] **Artículo 4:** Principios que rigen las contrataciones
Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

a) Principio de Promoción del Desarrollo Humano: La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.

b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

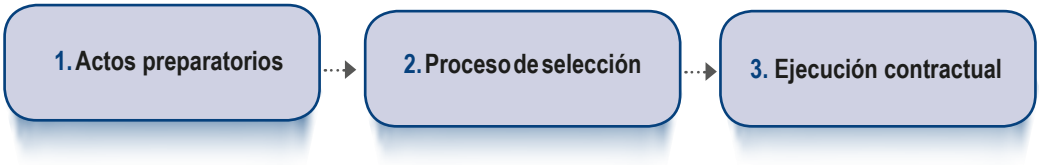
d) Principio de Imparcialidad: Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.

e) Principio de Razonabilidad: En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.

f) Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los re

la aplicación de la norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones, sin perjuicio de otros principios del derecho público, como los que se encuentran contenidos en la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría general de la República.

1.4 Etapas de la contratación estatal



cursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.

g) Principio de Publicidad: Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.

h) Principio de Transparencia: Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento.

i) Principio de Economía: En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos.

j) Principio de Vigencia Tecnológica: Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

k) Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

l) Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

m) Principio de Sostenibilidad Ambiental: En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.

Estos principios servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones.

2. Actos preparatorios

Conjunto de actuaciones administrativas necesarias a fin de que la Administración pueda contratar válidamente con un proveedor determinado. Comienza con la aprobación del Plan Anual y concluye con la convocatoria, que a su vez da inicio a proceso de selección.

- **Plan Anual de Contrataciones**

  Cada entidad elaborará un plan anual de contrataciones que debe prever los bienes, servicios y obras que se requerirán durante el ejercicio presupuestal y el monto del presupuesto requerido. Cada una de las dependencias de la Entidad determinará, dentro del plazo señalado por la normativa, sus requerimientos de bienes, servicios y obras, en función de sus metas, señalando la programación de acuerdo a sus prioridades

  Los requerimientos serán incluidos en el cuadro de necesidades que será remitido a la dependencia encargada de las contrataciones y adquisiciones para su consolidación. Los cuadros de necesidades se basan, a su vez, en la asignación presupuestaria de cada unidad orgánica y sus requerimientos operativos. Serán incluidas en el Plan Anual las Adjudicaciones de Menor Cuantía cuyas contrataciones puedan ser programadas. Esto ha sufrido una evolución desde las normas anteriores a la actualmente vigente.

- **Aprobación del Plan Anual**

  Será aprobado por el Titular de la Entidad o la máxima autoridad administrativa, según corresponda, dentro de los quince (15) días naturales siguientes a la aprobación del presupuesto institucional. Ello permite que el plan anual vaya acorde con el presupuesto institucional.

- **Difusión**

  El Plan Anual y el documento que lo apruebe deberán ser publicados por cada Entidad en el SEACE en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles

de aprobado. Ya no existe la obligación de publicarlo en el Diario Oficial. No obstante, algunas entidades lo siguen haciendo. Se publica, además, en los portales de las entidades para su conocimiento público.

- **Modificación**

  El Plan Anual podrá ser modificado de conformidad con la asignación presupuestal o en caso de reprogramaciones de las metas institucionales cuando se tenga que incluir o excluir procesos de selección, o el valor referencial difiera en más de veinticinco por ciento (25%) del valor estimado y ello varíe el tipo de proceso de selección.

2.1 Características técnicas

El área usuaria, definirá con precisión las características, y cantidad de los bienes, servicios u obras a contratar. Esto se realiza en coordinación con la dependencia encargada de las contrataciones de la Entidad.

Para ello deben efectuarse los estudios de mercado o indagaciones según corresponda. Ello se denomina estudio de posibilidades que ofrece el mercado (EPOM) y es necesario para obtener el valor referencial del proceso de selección.

La norma señala que no se hará referencia a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, ni descripción que oriente la adquisición o contratación de marca, fabricante o tipo de producto específico; ello, salvo se realice proceso de estandarización, el mismo que tiene una regulación especial.

Asimismo, los reglamentos técnicos, las normas metrológicas y/o sanitarias nacionales aprobadas por las autoridades competentes son de obligatorio cumplimiento para establecer las características técnicas de los bienes, servicios y obras a adquirir o contratar.

2.2 Valor referencial

Es el valor determinado por la Entidad mediante estudios sobre las posibilidades que ofrece el mercado y que está referido al objeto de la adquisición o contratación.

Es un concepto medular entre los actos preparatorios, puesto que define el proceso de selección.

La Entidad calculará el valor referencial incluyendo todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y de ser el caso, los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el valor de los bienes y servicios a contratar.

- **Ejecución de obras**

  En el caso de ejecución de obras el valor referencial será el que establezca el expediente técnico, con excepción del Concurso Oferta. En esta modalidad el postor concurre ofertando expediente técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno.

- **Cobranzas y honorarios de éxito**

  En el caso de cobranzas y recuperaciones, el valor referencial deberá determinarse aplicando el porcentaje señalado en las bases. Se puede establecer honorarios de éxito, debiendo justificarse su necesidad.

- **Relación de Ítems**

  El valor referencial del conjunto se determinará en función a la sumatoria de los valores referenciales de cada uno de los ítems considerados. En las Bases deberá especificarse tanto el Valor referencial de los ítems como el valor referencial del proceso de selección.

- **Observación**

  El valor referencial puesto en conocimiento del Comité Especial puede ser observado por éste, solicitando su revisión al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad. Cuando el valor referencial es observado por los participantes el Comité Especial deberá poner en conocimiento del órgano encargado.

- **Antigüedad**

  Para convocar a un proceso de selección, el valor referencial no podrá tener una antigüedad mayor a seis (6) meses en el caso de obras, ni mayor

a tres en el caso de bienes y servicios. La fecha de aprobación del valor referencial deberá ser consignada en las Bases. En el caso de bienes, servicios y consultoría de obras, la antigüedad del valor referencial se computará desde la aprobación del expediente de contratación.

Es muy importante señalar que al certificar la disponibilidad presupuestal solicitada, la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, deberá señalar la fuente de financiamiento, la cadena funcional programática y del gasto y el monto al cual asciende la certificación con las anotaciones que correspondan.

2.3 Comité Especial

Es el órgano encargado de elaborar las bases y de dirigir el proceso de selección. Se señala que el Comité Especial actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones, las cuales no requieren ratificación alguna por parte de la Entidad.

Todos los miembros del Comité Especial gozan de las mismas facultades, no existiendo jerarquía entre ellos. Sus integrantes son solidariamente responsables por su actuación, salvo el caso de aquellos que hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante.

El Comité Especial estará integrado por tres (3) miembros, de los cuales uno (1) deberá pertenecer al área usuaria de los bienes, servicios u obras materia de la convocatoria, y otro al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad.

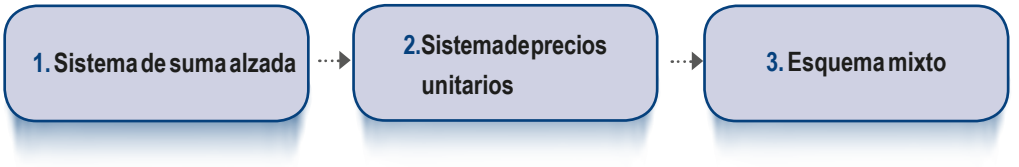
Necesariamente alguno de los miembros deberá tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación. En el caso de bienes sofisticados, servicios especializados, obras o cuando la Entidad no cuente con un especialista, podrán integrar el Comité Especial uno o más expertos independientes, ya sean personas naturales o jurídicas que no laboren en la Entidad contratante o funcionarios que laboran en otras Entidades.

2.4 Bases

Norma que regula el proceso de selección y la ejecución contractual. Las bases son aprobadas por el titular de la entidad. Sin embargo, es posible su delegación. De

hecho, es una práctica común que se delegue al jefe de la OGA en la Secretaría General. Además, se regula la estandarización de la bases.

La norma tiene tres sistemas de contratación:



1. El primer caso se aplica cuando la totalidad de los aspectos de la prestación están totalmente definidos y especificados en las bases.
2. Por el contrario, el sistema unitario se aplica cuando no hay precisión en ello por la naturaleza de la prestación.
3. La nueva modalidad mixta, deja la opción a las Entidades de acuerdo a la magnitud o cantidades no definidas. Las normas han ido efectuando ajustes a los factores de evaluación. Bienes, servicios en general, consultoría y contratación de obras.

3. El proceso de selección

Los procesos de selección, en el caso peruano, son: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía. La diferencia entre ellos estriba en el monto del valor referencial y la naturaleza de las prestaciones. Los montos se encuentran señalados en la Ley de Presupuesto de cada año.

A su vez, la Adjudicación Directa puede ser Pública o Selectiva. La Adjudicación Directa Pública se convoca cuando el monto de la contratación es mayor al cincuenta por ciento (50%) del límite máximo establecido para la Adjudicación Directa en las normas presupuestarias. En caso contrario, se convoca a Adjudicación Directa Selectiva.

Por otro lado, la subasta inversa es la modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Esta modalidad de selección puede realizarse de manera presencial o electrónica.

El Convenio Marco es la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco.

Finalmente, las compras corporativas constituyen un mecanismo de contratación que pueden utilizar las Entidades para que, a través de un proceso de selección único, puedan adquirir bienes o contratar servicios en forma conjunta, en las mejores y más ventajosas condiciones para el Estado, aprovechando las economías de escala.

Las etapas del proceso de selección son las siguientes:

- **Convocatoria**

  Mecanismo a través del cual la entidad pone de conocimiento de los administrados la iniciación del proceso de selección invitándolos a presentar las respectivas propuestas.

  La convocatoria se publica oficialmente y debe cumplir con determinados requisitos señalados por la ley. Aquí se han dado algunos ajustes a través de las diversas normas que se han emitido sobre la materia.

- **Registro**

  Consiste en la inscripción de los potenciales postores. Se efectuará desde el día siguiente de la convocatoria y hasta un (1) día después de haber quedado integradas las Bases. Se establece un procedimiento y un conjunto de requisitos que no se encontraban previamente.

- **Consultas**

  Las bases pueden contener un conjunto de elementos que no resultan claros para los eventuales postores. Las respuestas a las consultas deben ser fundamentadas y sustentadas, se harán de conocimiento oportuno y simultáneo de los adquirentes de las bases y se considerarán como parte integrante de las bases del proceso.

- **Observaciones**

  La Ley señala que los adquirentes de las Bases podrán formular observaciones, relativas al incumplimiento de las condiciones mínimas de las mismas, determinadas por la Ley. La decisión puede ser impugnada, siendo resuelta por OSCE o por el titular de la entidad dependiendo del monto.

- **Integración de las bases**

  Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la entidad. Ello en realidad no afecta la competencia del Tribunal en caso de nulidad.

- **Propuestas**

  Se presentarán en dos (2) sobres, de los cuales el primero contendrá la propuesta técnica y el segundo la económica. La propuesta técnica se presentará en original y en el número de copias requerido en las Bases, el que no podrá exceder de la cantidad de miembros que conforman el Comité Especial. La económica debe presentarse en su versión original.

  El acto de presentación de propuestas será público cuando el proceso convocado sea licitación pública, concurso público o adjudicación directa pública, y privado cuando se trate de adjudicación directa selectiva o adjudicación de menor cuantía. Se han dado algunos ajustes en la presentación de propuestas a través de la evolución de la normativa.

- **Evaluación y calificación**

  Implica los mecanismos a través de los cuales se otorga puntajes a los diferentes postores de conformidad con las propuestas presentadas, así como los parámetros a emplear para ello. Dichos parámetros se encuentran señalados en las bases.

  Debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requerida, dentro de los plazos más convenientes y al mejor costo total. Se han dado algunos ajustes a través del tiempo, estableciéndose debidamente el procedimiento de calificación y evaluación de propuestas.

- **Otorgamiento de la bueno pro**

  El otorgamiento de la buena pro es el acto administrativo a través del cual la entidad define con cuál de los postores va a contratar. El mismo requiere la realización previa de un procedimiento de selección enteramente válido, así como la debida competencia de quien lo emite.

  El otorgamiento de la buena pro se realizará en acto público, cuando se trate de licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas públicas, y podrá ser en acto privado, tratándose de adjudicaciones directas selectivas y adjudicaciones de menor cuantía.

- **Consentimiento**

  Cuando se hayan presentado dos o más propuestas, el consentimiento de la buena pro se producirá a los ocho (8) días de su notificación, sin que los

postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación. Dicho recurso puede ser resuelto por el Tribunal o por el Titular de la entidad, dependiendo del monto, como veremos a continuación.

En caso se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la Buena Pro se producirá el mismo día de la notificación de su otorgamiento.

Y, una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos.

- **Resolución de controversias**

Durante el proceso de selección la vía empleada es la administrativa. Conforme lo señalado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento el recurso administrativo es resuelto por el Tribunal de OSCE o por el titular de la entidad dependiendo del proceso de selección. La versión original de la Ley hacía depender ello del valor referencial.

En una primera etapa, la resolución del recurso de apelación era efectuada por el titular de la entidad, y el de revisión por el Tribunal, en este caso de CONSUCODE. Lo cual ocurría en todos los procesos de selección.

En una segunda etapa, la resolución del recurso de apelación era efectuada por el titular de la entidad, y el de revisión por el Tribunal, pero ello ocurría únicamente en licitaciones y concursos públicos los procesos de selección y cuando hay denegatoria ficta.

En una tercera etapa se estableció la resolución del recurso de apelación por el Tribunal. La finalidad era simplificar el procedimiento y generar precedente, al eliminar el recurso de revisión y centralizar en el Tribunal la apelación. En este punto existen un conjunto de reglas, como son la suspensión del procedimiento de contratación por el recurso de apelación, como excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo. Asimismo, la aplicación de la denegatoria ficta, única norma en el derecho peruano en el cual la misma existe. La norma además consagra la posibilidad de declarar la nulidad del proceso de selección.

4. Ejecución contractual

La ejecución contractual es la fase en la cual se ejecutan las prestaciones. Se inicia con la suscripción del contrato y culmina con la respectiva conformidad emitida por la entidad.

A continuación explicaremos los momentos que componen la fase de ejecución contractual.

- **Suscripción del contrato**

  Se suscribe formalmente, salvo cuando puede emplearse orden de compra o de servicio. Debe cumplirse con determinadas obligaciones formales, constancia de no inhabilitación, carta fianza cuando corresponda, poderes. Esta es una de las diferencias entre el contrato civil y el contrato administrativo.

- **Cláusulas obligatorias**

  En primer lugar, las garantías. De fiel cumplimiento, de monto diferencial de propuesta y de adelantos, cuando corresponda. Asimismo, la de resolución del contrato. Finalmente, la de solución de controversias, que somete la misma a conciliación y/o arbitraje.

- **Ius variandi**

  Potestad de la entidad de variar unilateralmente condiciones del contrato, que sin embargo se encuentra cada vez más acotada. Ejemplos de ello son las ampliaciones de plazo los adicionales y las reducciones.

- **Culminación**

  El contrato puede culminar por resolución del contrato. Sea por responsabilidad del contratista, de la entidad o sin responsabilidad de las partes. En el primer caso se ejecuta la garantía y se pone en conocimiento de OSCE. Se señala que, en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada

por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

Pero también puede ocurrir la conformidad de las prestaciones, al verificarse el cumplimiento de las mismas. Siendo ello así, se procede al pago, salvo que se hubiere efectuado adelantos, en los casos en que ello es posible. Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Se señala que, de no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

- **Solución de controversias**

Durante la fase de ejecución contractual las controversias se resuelven vía conciliación o arbitraje, según acuerdo entre las partes. No es posible emplear el contencioso administrativo. Ello se justifica en la necesidad de asegurar celeridad y especialización en la resolución de las controversias.

El arbitraje es justicia consensual. Las reglas son definidas por las partes en el marco de lo dispuesto por las normas sobre contrataciones y la norma general, que es el la Ley de Arbitraje Decreto Legislativo N° 1071. El laudo es inimpugnable, salvo los recursos de aclaración y el recurso de anulación, que operan en supuestos muy puntuales. Puede ser arbitraje ad hoc o arbitraje administrado. Puede operar a través de un tribunal arbitral o árbitro único. La designación de los árbitros y demás aspectos de la

composición del Tribunal Arbitral se encuentra regulado en el Reglamento. No genera precedente, pero se han identificado determinadas líneas jurisprudenciales.

Se señala que los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. Asimismo, la parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

5. Fiscalización

La contratación administrativa, como toda actividad administrativa, se encuentra sometida a control administrativo, en particular el control administrativo por parte de la propia administración, sea control interno o externo. En este orden de ideas, el Sistema Nacional de Control es el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

Los componentes son la Contraloría General, como ente técnico rector. Así como todas las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de las entidades sometidas a control sean de carácter sectorial, regional, institucional o se regulen por cualquier otro ordenamiento organizacional. Componen el sistema también las sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la Contraloría General y contratadas, durante un período determinado, para realizar servicios de auditoría en las entidades: económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros. Asimismo, el Sistema Nacional de Control

tiene atribuciones específicas en materia contractual. Una de ellas es emitir opinión previa vinculante sobre adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras, que conforme a ley tengan el carácter de secreto militar o de orden interno exonerados de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa.

Por otro lado, se encarga de otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones el Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento. Una función clave es recibir y atender denuncias y sugerencias de la ciudadanía relacionadas con las funciones de la administración pública, otorgándoles el trámite correspondiente sea en el ámbito interno, o derivándolas ante la autoridad competente; en estos casos la identidad de los denunciantes y el contenido de la denuncia se encuentran protegidos por el principio de reserva.

La Contraloría también tiene por función emitir disposiciones y/o procedimientos para implementar operativamente medidas y acciones contra la corrupción administrativa, a través del control gubernamental, promoviendo una cultura de honestidad y probidad de la gestión pública, así como la adopción de mecanismos de transparencia e integridad al interior de las entidades, considerándose el concurso de la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil.

5.1 Formas de auditoría

Las auditorías financieras comprenden el examen de estados financieros y/o examen de asuntos financieros, conforme a la normativa del control gubernamental. Los resultados serán orientados, entre otros, a determinar la razonabilidad de la información financiera y presupuestaria presentada para la formulación de la Cuenta General de la República.

Las auditorías de gestión comprenden el examen de una entidad, área, programa o proyecto con relación al cumplimiento de objetivos y metas y respecto a la correcta utilización de los recursos, considerando los procesos, resultados y la consistencia de las acciones de gerencia. No necesariamente son de carácter anual.

5.2 Control interno

Modalidad de control que ocurre al interior de las entidades. Propende al debido y transparente logro de los fines, objetivos y metas institucionales. Es continuo, dinámico y alcanza a la totalidad de la organización. El control interno muestra un conjunto de ventajas entre las cuales se encuentra la cercanía a los diversos órganos de la entidad, lo cual genera inmediación. La misma ocurre respecto a las actuaciones administrativas que la entidad realiza y que son susceptibles de control. Existe uso de los recursos de la entidad para generar el control. Fortalece los sistemas administrativos de una manera más directa. Es susceptible de generar control previo, simultáneo y posterior. Finalmente, ocurre de manera permanente.

6. Responsabilidad

El procedimiento administrativo sancionador se inicia producto de una denuncia. Se señala que las infracciones y sanciones se encuentran establecidas en el Decreto Legislativo Nº 1017, y de ser el caso, en el Reglamento. Finalmente, la imposición de las sanciones es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda originarse por las infracciones cometidas.

6.1 De las entidades públicas

La norma establece que los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la referida norma y su Reglamento. En caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en la norma. La evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales a que se refiere el párrafo precedente, es realizada por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismos en sus cargos. Para tal efecto, la Entidad podrá

disponer, en forma periódica y selectiva, la realización de exámenes y auditorías especializadas, como ya hemos visto líneas arriba.

Por otro lado, si la Entidad se retrasa en el pago, se le reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes, a menos que se presente caso fortuito o fuerza mayor. De igual manera si es que el Estado es el acreedor.

Sanciones a los funcionarios por incumplimiento del DL N° 1017:

6.2 De los contratistas

Asimismo, existe responsabilidad de los proveedores, participantes, postores y contratistas por la calidad ofrecida y los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados. La responsabilidad es objetiva, a diferencia de la responsabilidad penal que es subjetiva.

Las infracciones administrativas se establecen a los funcionarios, proveedores, participantes, postores y contratistas que:

- No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro y que no suscriban injustificadamente el contrato.

- Resuelvan el contrato por causal atribuible a su parte.
- Hayan realizado la prestación con existencia de vicios ocultos, previa sentencia judicial o laudo arbitral.
- Suscriban un contrato sin contar inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores.
- Suscriban contrato pese a haber sido notificados en la suspensión o nulidad del proceso de contratación dispuesto por OSCE.
- Realicen subcontrataciones sin autorización de la entidad o por un porcentaje mayor permitido en el reglamento.
- Transgredan la prohibición de prácticas que afecten la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación o incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece el reglamento.
- Presenten documentos falsos o información inexacta.
- Interpongan recursos impugnativos contra actos inimpugnables establecidos en el reglamento.
- Se pruebe que después de otorgada la conformidad que el contratista incumplió injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las bases.
- Otras infracciones que se establezcan en el Reglamento.

Tipos de sanciones:

- Inhabilitación temporal: nunca puede ser menor de 6 meses ni mayor de 3 años.
- Inhabilitación definitiva: esto se llevará a cabo por decisión del Tribunal de Contrataciones cuando en un periodo de 4 años se le imponga 2 o más sanciones que en su conjunto sumen 36 o más meses de inhabilitación temporal. Es decir, la inhabilitación definitiva tendrá una naturaleza acumulativa de inhabilitaciones temporales en un tiempo determinado.
- Económicas: son las que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la presentación de recursos de apelación.

Bibliografía

- **DANÓS ORDOÑEZ**, Jorge. *Régimen de los contratos estatales en el Perú.* Lima: Círculo de Derecho Administrativo. Año 1, No1: 2006, pp. 10-18, 33-38.
- **GUZMÁN NAPURÍ**, Christian. *Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa.* Lima: Círculo de Derecho Administrativo. : 2006, pp. 1-20.
- **IÑIGUIZ DE SALINAS**, Elizabeth. *Contratos Administrativos*. Bolivia: 2005, pp. 1-12.

Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios

Profesor: Erick Guimaray Morí

1. Introducción

Planteamiento criminológico

Caso práctico 1

El tesorero de un partido político, mediante el registro de una contabilidad paralela, recibe donaciones de un sector empresarial que busca beneficiarse con la firma de contratos públicos gestionados por funcionarios de su partido dentro del Gobierno. El dinero recaudado se utiliza, principalmente, para el pago de sobresueldos a los altos mandos del partido político, así como para el propio enriquecimiento ilícito del tesorero.

Caso práctico 2

Autoridades locales, en el marco de una grave crisis económica nacional, eludiendo los protocolos ordinarios legales pertinentes y utilizando una partida presupuestaria pública, realizan cuantiosas subvenciones laborales a favor de trabajadores y empresas fantasma, beneficiándose al mismo tiempo con dichas operaciones.

Caso práctico 3

Determinado concejal italiano, aprovechando su poder, ofrece y entrega puestos de trabajo en instituciones públicas locales a favor de ciertas personas, a cambio de conseguir votos por parte de los beneficiarios directos e indirectos de su mala gestión pública

Caso práctico 4

El gerente de una Municipalidad paga de forma apresurada una cuantiosa suma de dinero que el ente público adeudaba por concepto de limpieza urbana. Sin embargo, luego se conoce que con anterioridad al pago, tal deuda fue cedida por su original titular (la empresa de limpieza) a una empresa de fachada, fundada exclusivamente para dicho propósito. La cesión de derechos de acreencia se realizó por la mitad de la suma real adeudada, siendo que la nueva empresa acreedora (y fantasma) sí cobra de la Municipalidad el monto original. El entramado corrupto termina de comprenderse cuando sale a la luz que algunos directivos de esta nueva empresa que cobró la deuda son los mismos que ocupan altos cargos políticos en la Municipalidad.

El denominador común de todos los ejemplos presentados puede explicarse en base a dos características principales:

Se trata de personas con poder político	**Utilizan parcelas de la gestión pública en beneficio privado, propio o de terceros.**
El mecanismo de corrupción	**Se lleva a cabo es complejo, coordinado y estratégico (De la Mata Barranco: 2004, 4).**

Etimológicamente, el vocablo "corrupción" proviene del verbo en latín "rumpere" que significa arrancar. Se decía, metafóricamente, que al hombre corrupto le habían arrancado el alma, no físicamente, sino moralmente (ZAÑARTU: 1996, 15).

Aunque el cambio de los parámetros sociales sea algo connatural a la evolución social, hoy en día la raíz latina del término sigue vigente en su noción básica (CORTINA: 1995, 30).

Éticamente entendida «en la corrupción se estima una mezcla de deslealtad con apropiación de aquello que se administra para el resto, y por ello la palabra conlleva la repulsa» (SABÁN GODOY: 1991, 9). De hecho, de acuerdo al DRAE (Diccionario de la Real Academia Española) y en referencia a las organizaciones públicas, el término corrupción supone "la utilización de las funciones y medios públicos en beneficio de sus propios gestores".

Una conducta se califica como corrupta porque quien la realiza utiliza el poder del que dispone guiado por intereses distintos al del titular del poder cedido. Y esta definición es aplicable tanto si se trata de corrupción en el sector privado o en el sector público. En lo concerniente al sector público, la voluntad o interés que el acto corrupto trasgrede se encuentra en el mandato constitucional de objetividad y legalidad que rige la Administración Pública. Interés general y prestacional cuyo titular es la propia sociedad.

Por tanto, la corrupción pública se define como las acciones que pervierten el fin prestacional de la Administración (DEMETRIO CRESPO: 2002, 174). Se trata de conductas que desvían el poder público hacia intereses o poderes particulares (BERDUGO: 2002, 192), convirtiéndolos en la causa o motivo del acto público (VIRGOLINI: 2004, 258).

Si esto es así, es lógico afirmar que un sistema de administración estatal corrupto contraviene un principio general, propio de los países civilizados, según el cual quedan excluidos de las funciones públicas quienes se encuentren privadamente interesados en ella (FERRAJOLI: 1996, 18 / AEDO: 1996, 21). Y si quedan excluidos es porque la concepción administrativa-ejecutiva sometida a la Ley y al Derecho no puede ser cambiada por una voluntad administrativa particular (PAREJO: 1995, 118).

Desde el plano práctico o de funcionamiento, el fenómeno de corrupción pública se caracteriza por aprovechar el monopolio del uso de la fuerza y de la administración de los recursos, con que cuenta el Estado, a favor de un ilegítimo interés particular. En las transacciones corruptas se utilizan herramientas propias de la economía y del mercado para fines capitalistas (PECES BARBA: 1995, 21). Es decir, es el poder de la Administración la herramienta que el funcionario ofrece y que el particular necesita (MAGADÁN: 1999, 18).

La concentración de poder con que cuenta el Estado hace casi indefectible la consecución del beneficio buscado por el particular interesado (ZARZALEJOS: 1995, 14). Y esto hace de la ilegal transacción (poder público – beneficio privado) una operación altamente rentable. Además de las variables económicas que están en juego y que responden a la maximización de la utilidad del acto corrupto, que en el caso del funcionario público estaría compuesto por la suma de su salario más el soborno recibido (MAGADÁN: 1999, 65).

Sin embargo, la maximización de la utilidad también es una premisa en el análisis económico del particular corruptor, pues la rentabilidad de los actos de corrupción le

otorga al agente un poder económico que trasciende y el que se deriva de los delitos que comete. Basta con pensar en la realización del delito de blanqueo de capitales luego de la ilegal transacción (HEREDERO: 2002, 363-364). De esta forma, los actos de corrupción suelen insertarse como parte del intercambio clandestino que opera en los mercados social, político, económico y, como no, ético de una sociedad (VELASCO: 1995, 42).

Las conductas de corrupción se pueden presentar en distintos niveles de la organización social, por ejemplo en el plano económico y del mercado (de ahí que se tipifique conductas de "corrupción de particulares") o en el plano político, que probablemente sea el de mayores repercusiones sociales o, en todo caso, el que mayor estupor causa en la sociedad.

En este sentido, la corrupción política se define como «el hecho ilícito realizado por un representante del pueblo elegido por sufragio universal, o vinculado a un partido político, quien en virtud de su posición actúa bien para beneficio personal, bien para otra persona relacionada (o no)» (JIMÉNEZ: 2013, 24).

De hecho, un sistema corrupto, protegido y en oculta complicidad con el poder político, debilita el respeto por los Derechos Humanos y agrava las desigualdades sociales (MANNOZZI: 2011, 453). Los ejemplos prácticos presentados al inicio de este acápite son claros ejemplos de esta categoría criminal.

De otro lado, en la gran mayoría de las veces el fin de la actividad de corrupción es el beneficio económico directo, pero no es el único caso (ARTAVIA: 2008, 16). Los réditos de un acto de corrupción en el ámbito político, por ejemplo, pueden consistir en la obtención de mayor poder. De otro lado, limitar el objeto de reproche penal al ilícito enriquecimiento de sus realizadores traería como consecuencia que no exista responsabilidad penal allí donde la estrategia corrupta no devengue réditos. Aunque cabe resaltar los problemas colaterales de orden probatorio que una conducta de corrupción sin beneficio económico trae consigo en el proceso penal.

El catálogo de conductas de corrupción es inabarcable, así como los intereses involucrados en dicha actividad. Desde la promulgación de leyes favorables a cierto sector empresarial hasta la debilidad o inutilidad que los propios incriminados o acusados producen en la investigación y juzgamiento de sus delitos, pasando por las clásicas conductas de sobornos y colusiones ilegales entre funcionarios públicos y particulares interesados en alguna contratación estatal.

Sin embargo, la corrupción es mucho más que el ilícito y reprochable beneficio particular de un funcionario o de un sector empresarial. La gestión corrupta de los recursos y servicios públicos incide negativamente en la configuración de las relaciones sociales instituidas de acceso y goce de las ventajas y protecciones que proporciona una administración legal de los recursos públicos. Generando con ello el efecto más pernicioso de la corrupción: un proceso de exclusión (VIRGOLINI: 2004, 261). Derechos tales como la salud, la vivienda, la educación, el trabajo, etc., pensados para toda la ciudadanía, el sistema de corrupción los convierte en intereses negociables distorsionando así la noción más básica de justicia social, que lejos de ser previsible e igualitaria resulta siendo negociable y arbitraria.

Partiendo del palpable daño económico contra el erario público, con la consecuente desatención del algún sector social como legítimo beneficiario del gasto público, los efectos perniciosos de la corrupción pública inciden sobre el desarrollo y la justicia social de un país. En efecto, en cuanto a las obras públicas, cuando el contrato se realiza en virtud de intereses personales y sin las garantías de imparcialidad y objetividad que deberían haber primado, la ejecución de la obra se lleva cabo mediante el diseño y los materiales que menos costos le generen a la empresa contratista (pues se trata de recuperar la “inversión” realizada ante el ente público) con el lógico perjuicio de los usuarios de la deficiente construcción.

Del mismo modo, podría ser que gracias a un entramado malversador, un hospital haya adquirido medicamentos caducos, ocasionando, por lo menos, complicaciones de salud en los pacientes que dependan de tales fármacos. Estos daños que se especifican en una concreta gestión institucional corrupta no son los únicos.

Desde una perspectiva *macro* los altos índices de corrupción disminuyen el crecimiento económico de un país, pues un sistema económico irregular, poco previsible y garantista eleva los costos del mercado con el resultado lógico de ahuyentar la

inversión. Así mismo, el sistema de corrupción puede comprometer seriamente la sostenibilidad de los recursos naturales de un país (una concesión de explotación minera a una empresa que jamás realizó un estudio de impacto ambiental). Es más, desde el plano supranacional, cuando las instituciones públicas son contaminadas por prácticas corruptas no solo pierden legitimidad frente a la ciudadanía, sino que reflejan el poco o nulo afianzamiento democrático de sus instituciones (HEGEMANN: 2002, 41).

Si lo hasta aquí dicho es correcto, se puede afirmar que la corrupción es probablemente el problema social más crucial de los que obstaculizan el desarrollo de una nación, pues perjudica el correcto funcionamiento de todas las instituciones sociales (MUSCO: 2002, 27-28). Sin embargo, las medidas de control y sanción no son exclusivas del Derecho penal, medidas tales como la educación en valores, la elección de los profesionales más competentes o la reducción de facultades discrecionales en los funcionarios públicos parecen ser herramientas idóneas que permitan desestabilizar el sistema de corrupción (LODGE: 2005, 780-782). Así mismo, mientras mayores sean los niveles o mecanismos de transparencia institucional menores serán los espacios donde se puedan llevar a cabo conductas de corrupción.

Sin perjuicio de lo expuesto, un correcto planteamiento político criminal solo puede aspirar a reducir razonablemente la actividad criminal de corrupción hasta grados inferiores de impacto negativo en el funcionamiento de las instituciones públicas (BORJA JIMÉNEZ: 2011, 20). Y esto es así porque eliminar la actividad delictiva dentro de una sociedad parece ser algo utópico, y con mayor razón cuando se trata de la corrupción: un “mal social” que ha acompañado a todas las sociedades a lo largo de la historia. Casi como si fuese parte de la naturaleza humana.

2. Parte general de los delitos contra la administración pública y las consecuencias jurídicas del delito

2.1 El bien jurídico protegido en el Título XVIII del Código Penal

El bien jurídico de relevancia penal en los delitos del Título XVIII Código Penal (en adelante, CP) es la "correcta administración pública", entendida como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales. Debemos entender a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado constitucional y de Derecho pueda cumplir con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la Administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones; se protege a la Administración Pública en sentido funcional, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. Con esta definición, debería descartase al patrimonio o a la "gestión eficaz", como bienes jurídicos protegidos.

Pues, por un lado, el patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano, y, de otro lado, el Derecho penal atiende a la eficiencia en la administración de los recursos del Estado, antes que a su simple eficacia.

El bien jurídico entendido como la objetiva, legal y prestacional administración pública es un bien jurídico supraindividual. Dicho de otro modo, su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto. Es indisponible por un sujeto privado (MARTÍNEZ: 2007, 188-189).

Por esta razón, será ineficaz el consentimiento respecto de su lesión o puesta en peligro. Claro está que, de acuerdo la configuración típica y a la naturaleza de las conductas reguladas, el titular del bien jurídico es el Estado, aunque la repercusión concreta sobre determinada parcela de la gestión pública sea contra un administrado en particular.

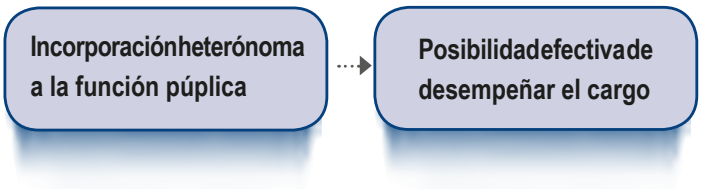
Existe una discusión de larga data respecto de la definición y diferencia entre los bienes jurídicos individuales y supraindividuales, sin embargo, tomando en cuenta que cuando se habla de la gestión estatal nos estamos refiriendo al conjunto de recursos, servicios y potestades de las que se vale el Estado para cumplir con sus fines constitucionales, queda claro que estamos frente a la conocida categoría de bienes jurídicos colectivos (Administración Pública).

3. Acerca del concepto de funcionario público a efectos penales

3.1 Planteamiento general

Al Derecho penal, a efectos de definir el concepto de funcionario público, no le interesa la calificación jurídico-formal, que puede provenir del Derecho administrativo por ejemplo, sino el hecho de que el sujeto intervenga en el funcionamiento de la Administración, donde depende de él que el servicio público sea realizado con corrección y normalidad (Olaizola: 1997, 77).

Los elementos del concepto de funcionario público son los siguientes:



Para el Derecho penal no es imprescindible que el funcionario público cumpla con ser elegido, nombrado y, además, haber juramentado y asumido el cargo (esta es

la razón de la última modificación legislativa del art. 425 CP). Lo que interesa al Derecho penal es que este sujeto tenga una cercanía al bien jurídico de forma tal que pueda afectarlo (Donna: 2000, 273). Por tanto, el título habilitante de incorporación consistirá en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado (Meini: 2008, 16). Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública:

- Selección: haber elegido a una persona entre otras por parte de una autoridad competente. Ejemplo: el juez que es elegido por concurso público dirigido por la CNM.
- Designación: destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: el Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del SIN.
- Elección: nombramiento que, por lo regular, se hace a través de un proceso de votación. Ejemplo: el congresista que es elegido por elección popular.

Respecto del elemento relacionado a la incorporación heterónoma a la función pública, el funcionario público adquiere dicha calidad a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que –distinta al propio funcionario– ostente el poder suficiente para vincular al nuevo funcionario público con la administración pública. Esta posición es la planteada por la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, CICC) y complementada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, CNUC). Una interpretación conjunta de ambos Tratados lleva a postular la incorporación heterónoma a la función pública, en la que resaltan las siguientes características:

- No importa la denominación o nomen iuris: la CICC ha dejado en claro que no importa el nombre formal que se le dé al funcionario para que el Derecho penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera como funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el Derecho interno de los Estados.
- Título habilitante: tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo antes dicho sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, en tanto que señalan como título de incorporación a la selección, designación

y/o elección, elementos que, como ya vimos, incorporan a todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.

- Irrelevancia del nivel jerárquico: tal como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.

La fundamentación acerca del elemento habilitante para definir el concepto de funcionario público sirve para solucionar los supuestos de: funcionario de facto y usurpación de funciones. En el primer caso, el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario que le permite vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, debe ser considerado funcionario público. Piénsese en el caso Montesinos Torres, donde el Tribunal Constitucional mencionó: «(…) Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal»[1].

De otro lado, respecto del caso de usurpación de funciones, el sujeto se coloca, de forma ilegítima, en la posición de un funcionario público. Como dicho sujeto no ha sido incorporado de forma heterónoma y con un título habilitante a la función pública, sino que él, por su propia iniciativa, se ha hecho pasar por funcionario, no podrá contar con el poder para vincular al Estado y, por lo tanto, no debe ser considerado funcionario público.

Respecto de la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo, este elemento también está presente en la CICC, en los siguientes términos: «seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones […]»[2]. Dicho de otro modo, la idoneidad lesiva del funcionario no se configura con la asunción formal de competencias funcionariales, sino desde el momento en que asume una posición de dominio efectiva acerca de los intereses de la función pública, de tal forma que se encuentre en la capacidad efectiva de vincular al Estado con sus actos y, por ende,

[1] EXP. Nº 2758-2004-HC/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de noviembre de 2004.
[2] Artículo I de la CICC.

capacidad también para lesionar el fin objetivo, legal y prestacional de la administración pública.

3.2 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano

De acuerdo con el artículo 425 del CP peruano son funcionarios públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.

2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.

3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Al margen de la taxativa exhaustividad del legislador penal, podemos afirmar que al Derecho penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar responsabilidad como autores, a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados, por ejemplo. Y es que la concepción de funcionario público que el Derecho penal maneja es amplia y autónoma respecto de las directrices que el Derecho laboral o administrativo puedan utilizar para definir tal categoría.

Por ejemplo, el numeral 3 considera como funcionario público a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado. Dicho de otro modo, la norma penal incluye al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público que trabaja ad honorem (caso de la primera dama de la nación), a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante preprofesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y a otros sujetos que no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal, pero sí un vínculo real-material con la función pública.

La última modificación del precepto penal bajo comentario, constituye una clara muestra de que a efectos penales importa más la posición idónea del funcionario de cara a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, que la asunción formal del cargo a desempeñar.

Finalmente, el numeral 7 representa una cláusula abierta de vital importancia en la lucha contra la corrupción, al establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley. ¿Qué norma de rango constitucional o legal nos brinda un acercamiento al concepto de funcionario público del Derecho penal? De una revisión de nuestro universo legal, podemos decir que las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), los cuales han sido incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55 de nuestra Constitución, que señala:

> «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

Así, las disposiciones ya reseñadas de los artículos 1 y 2 de la CICC y el artículo 2 de la CNUC son normas autoaplicativas o de aplicación inmediata (selfexecuting) y, por lo tanto, deben ser tomadas en consideración por los operadores del Derecho al momento de determinar quién es funcionario público.

4. Los delitos cometidos por funcionarios públicos

4.1 Planteamiento general

El Código Penal en su Título XVIII sanciona conductas que atentan contra la gestión objetiva, legal y prestacional de la Administración Pública. En esta gran categoría criminal podemos insertar la categoría de los delitos de corrupción. Es decir, no todo delito que atente contra la administración pública, será a su vez catalogado inmediatamente como un delito de corrupción. Sin embargo, todo delito de corrupción atenta contra los fines legales, objetivos y prestacionales de la Administración. Por ejemplo, el delito de "violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones", no puede equiparase, a nivel de injusto, al delito de cohecho o de colusión. Y si esto es así, es porque, a priori, el legislador penal en el primer delito no sanciona una conducta que lesiona la objetividad o el fin prestacional de la Administración, como sí, la efectividad del principio de legalidad, respecto del respeto por la asunción o ejercicio del cargo público, cuando este tenga un origen legítimo.

De otro lado, el legislador ha decidido que, en los delitos de corrupción, tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público, pues es él quien tiene en sus manos la facultad de administración de alguna parcela del interés general. Esta característica es la que convierte a los delitos de corrupción en delitos especiales.

Podemos identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto “delito especial”:

Delito Especial en sentido simple

Según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino tan solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal (Gómez: 2006, 27).

Delito Especial en sentido complejo

Este enfoque hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial.

Parecería sensato afirmar que los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple, toda vez que delimitan el círculo de autores y, con ello, como hemos visto en los apartados anteriores, se protege eficientemente la gestión objetiva, legal y prestacional de la administración pública. Sin embargo, también es necesario analizar a los delitos especiales en sentido complejo, en tanto que no debemos olvidar que un concepto sin fundamentación carece de sentido. Formulado con otras palabras, el concepto simple es solo la puerta de entrada a la problemática de los delitos especiales, cuya comprensión obliga a conocer el motivo de la delimitación del círculo de autores (es decir, incorporar el concepto complejo).

¿Cuál es el fundamento de la restricción legal del círculo de autores en los delitos especiales? Esta pregunta nos exige recordar que existe una gran variedad de delitos que pueden ser incluidos en la nomenclatura de delitos especiales. Por ello, no todos tienen el mismo fundamento material, sino que hay diversas clases de delitos con distintos motivos y razones por las que el legislador decidió acotar el número de autores a un grupo con cualidades especiales.

Pese a ello, antes de abordar la clasificación de los delitos especiales en sentido complejo, es necesario hacer un breve rencuentro de las principales posturas sobre el fundamento de estos delitos. Es así que expondremos las dos teorías que mayor

acogida han tenido por la doctrina y que, además, han sido asumidas por la Corte Suprema de la República:

a. La infracción de deber

b. El dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

a. Una primera postura de la teoría de la infracción de deber fue planteada como un criterio alternativo a la tesis del dominio del hecho (ROXIN: 2000, 385-434). Así, el fundamento de la autoría en algunos delitos ya no descansaría en el domino fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extrapenal que es infringido. Para esta tesis, partícipe del delito será quien no porte los deberes especiales que fundamentan el tipo penal.

Para Jakobs, existen dos tipos de deberes, correspondientes a dos ámbitos de competencia (JAKOBS: 1997, 347-363):

Deberes generales de organización

- **Son aquellos deberes de todo ciudadano de no dañar a nadie (deberes negativos). La norma se dirige al ciudadano con la expectativa que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo. Pertenecen a esta categoría los delitos comunes o de dominio**

Deberes positivos/institucionales

- **Son aquellos que nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos) (Jakobs: 1997, 348). Estos no se limitan a no dañar, sino que implican una prestación de ayuda y fomento. Esencialmente se puede distinguir dos tipos de deberes positivos: los familiares y los estatales (Sánchez-Vera: 2003, 275).**

Del esquema anterior se desprende claramente que los delitos de corrupción deberían calzar dentro de los delitos por infracción de un deber positivo-institucional (deber estatal). Como consecuencia de esto, el estatus de funcionario deja de ser un simple elemento agravante del tipo penal, y los deberes descargados en ellos se constituyen en el fundamento del injusto, en los delitos contra la administración pública.

En esta medida, a pesar de todo, parece más adecuado tomar la infracción de deber como un elemento adicional y secundario al momento de imputar la responsabilidad penal del funcionario público (ROBLES: 2003, 237). De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, es más oportuno encontrar el fundamento de los delitos especiales en la relación del sujeto cualificado con el bien jurídico protegido.

b. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico: la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico sostiene que el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no en la infracción de un deber formal extrapenal o institucional (como lo sostiene la teoría de la infracción de deber), sino en una relación especial de dominio sobre el resultado lesivo contra el bien jurídico (Schunemann: 2004, 13-25).

Este dominio se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado, es decir, en la cercanía o proximidad al bien jurídico protegido, al punto que le permite tener la capacidad de afectarlo (DONNA: 2000, 273).

Es necesario aclarar sobre este punto, que la cercanía al bien jurídico no necesariamente tiene que ser de naturaleza fáctica, sino que, y esto sucede en la mayoría de casos de corrupción, puede tratarse de una cercanía normativa, respecto de las competencias y garantías que la norma nos permite imputar contra el funcionario público inmiscuido en un entramado corrupto.

La tesis que se comenta resulta pertinente en los casos de los delitos de corrupción, porque el funcionario ejerce un control especial sobre el suceso que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública, ello a raíz del poder estatal del que dispone (DONNA: 2000, 273).

4.2 Sobre el fundamento de los delitos especiales

En doctrina existen planteamientos sumamente interesantes acerca del fundamento de punición de los delitos especiales (GÓMEZ: 2006, 520-525). Sin embargo, antes hacer mención a las posiciones doctrinales es necesario recordar que en los delitos contra la administración pública el fundamento de punición consiste en la capacidad lesiva de ciertas conductas en virtud de ciertas atribuciones personales que sus realizadores portan. Dicho de otro modo, es la trasgresión de los deberes que el Estado y la sociedad descargan en ciertos ciudadanos lo que fundamenta la punición de sus conductas.

a) Delitos especiales de posición institucionalizada	**El sujeto se encuentra en un cuerpo administrativo (que le exige deberes de lealtad y fidelidad) donde desempeña funciones que lo acercan a un bien jurídico al cual no todos pueden tener acceso. De esta manera, la cercanía con el bien jurídico le permite lesionarlo. Asimismo, estos delitos tienen como segunda característica el tener dos dimensiones:** **I. Dimensión objetiva, manifestada en la función especial del funcionario y su dominio sobre el resultado; y** **II. Dimensión personal, manifestada en la infracción de deberes jurídicos extrapenales, como son los deberes de lealtad y fidelidad derivados de su relación con la función pública (Gómez 2012: 22-24).** **Con lo cual se advierte la doble dimensión funcionarial del servidor público:** **I. Funcionario-administrado y** **II. Funcionario-Administración.**
b) Delitos especiales de posición no institucionalizada	**El sujeto, si bien no se encuentra en un cuerpo administrativo que le exija deberes de lealtad y fidelidad, desarrolla una función social desde la cual accede a un estado de especial de vulnerabilidad del bien jurídico**
c) Delitos especiales con elementos meramente tipificadores	**Son delitos especiales que no se fundamentan en una función institucional o social, sino que el legislador ha recortado el círculo de autores debido a que ciertas conductas delictivas son realizadas habitualmente por determinados grupos de sujetos. Será autor de estos delitos quien tenga el dominio del hecho.**

En este orden de ideas, los delitos especiales pueden ser propios o impropios.

Delitos especiales propios	**La cualidad del autor (funcionario público para los delitos materia de esta manual) fundamenta la responsabilidad penal. Es decir, si el delito es cometido por un autor que no tenga dicha calidad, no existe tipo penal común similar por el que pueda responder (ABANTO: 2001, 41).**
Delitos especiales impropios	**La cualidad especial del autor solamente equivale a un elemento adicional que agrava o atenúa la responsabilidad penal ya existente en un delito común. Así, si el sujeto no tiene tal cualidad, responderá inmediatamente por el delito común (Abanto: 2001. 42).**

De acuerdo con lo estudiado hasta ahora, la cualidad de funcionario público no es un elemento meramente modificador de la pena (circunstancias agravantes o atenuantes), sino que es un elemento "fundamentador" de la responsabilidad penal (GÓMEZ: 2006, 507). Desde nuestra postura acerca del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, esto es así, porque la función especial del funcionario público es el núcleo de la responsabilidad penal. Por ello, no es posible hablar de delitos especiales impropios en materia de corrupción.

Como consecuencia de ello, es posible afirmar que los mal llamados delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados de los correspondientes delitos comunes, sino que son delitos con autonomía (RUEDA: 2010, 76).

En esta medida, existe un concurso aparente de leyes entre el delito de corrupción y el delito común, siempre que compartan elementos de la conducta típica, que deberá resolverse por el criterio de especialidad, de preferencia el delito de corrupción (SÁNCHEZ-VERA: 2003, 287).

4.3 Autoría en los delitos contra la Administración Pública

Hasta aquí se realizó un repaso breve acerca de los fundamentos que sustentan la punición de las conductas que lesionan o ponen en peligro la gestión objetiva, legal y prestacional de la administración pública. Y con ello, deberíamos estar en condiciones de mencionar quién es el autor de tales comportamientos típicos.

El fundamento del injusto de los delitos especiales que el legislador tipifica en el Título XVIII CP radica en los deberes institucionales que sustentan el funcionamiento de la Administración, entendida como la institución social más importante para el Estado, pues representa la suma de recursos que le permiten cumplir con sus fines constitucionales. De hecho, es desde la propia Constitución de dónde debemos extraer los principios rectores que guían el funcionamiento de la Administración y complementar el razonamiento con normas de menor rango, como por ejemplo, leyes orgánicas, reglamentos, directivas, etc.

Si los funcionarios públicos son aquellos ciudadanos que pueden vincular al Estado con sus actos es justamente el poder que la función pública otorga lo que los posiciona en una potencial esfera lesiva frente al bien jurídico objetiva, legal y prestacional administración pública. Este será el fundamento de autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Sin embargo, el legislador también sanciona a título de autoría supuestos en los cuales no es necesariamente un funcionario público quien participa en el suceso delictivo (cohecho activo o tráfico de influencias) y en estos casos el fundamento de autoría no será distinto. Es decir, si es de la propia Constitución de dónde se extraen los principios rectores de la Administración, y como norma suprema vincula a todos los ciudadanos por igual (funcionarios o no) resulta razonable exigir de todos los personas esos mismos principios rectores, en especial cuando un particular se encuentra en una situación especial de interacción con alguna parcela de la gestión pública.

Para decirlo de otro modo, los deberes institucionales que guían el buen funcionamiento de la administración del Estado nos vinculan a todos: funcionarios o no. Distinto será el nivel de vinculación y la cantidad de deberes asumidos, cuestiones que dependen de la -calidad en términos penales- del autor del delito.

Para explicarlo con un ejemplo, no resulta razonable exigir una valoración probatoria justa en un particular, pero sí en juez, pero, de ambos podremos exigir, entre otros deberes generales, el no realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro la imparcialidad de la administración.

Si lo dicho hasta aquí es correcto, el fundamento del injusto de autoría en los delitos cometidos contra la administración pública es el mismo tanto si se trata de funciona-

rios o de particulares. Sin perjuicio de advertir el distinto nivel de exigencia en términos cuantitativos y cualitativos entre cada uno de los supuestos (autor-funcionario público y autor-particular).

4.4 Sistema de participación en los delitos contra la Administración Pública

En la doctrina penal, se han reconocido dos vertientes teóricas para solucionar la intervención del particular en esta clase de delitos: las teorías de la impunidad y las teorías de la responsabilidad.

- Teoría de la impunidad: sostiene que el extraneus nunca podrá responder penalmente por un delito especial, dado que su responsabilidad penal es una responsabilidad autónoma o principal no derivada de la responsabilidad del autor del delito especial. No obstante, nosotros, al igual que la doctrina penal mayoritaria, consideramos que el partícipe de un delito debe responder por su propia conducta delictiva, pues el principio de "responsabilidad por el propio hecho" del Derecho Penal así lo exige (MIR PUIG: 2005, 132). Sin embargo, de acuerdo al clásico planteamiento, la responsabilidad del partícipe del delito nunca es "autónoma", sino que siempre es complementaria a la del autor (sin autor del delito, no hay partícipe del delito).
- Teoría de la responsabilidad: sostiene que el extraneus que participa en la comisión de un delito especial debe también responder penalmente. Dentro de esta corriente de pensamiento, se han reconocido principalmente dos tesis: la tesis de la infracción de deber y la tesis de la vulnerabilidad del bien jurídico.

Consideramos que la segunda teoría (teoría de la responsabilidad) es la posición correcta. En efecto, desde nuestro punto de vista, no existe obstáculo alguno para que, en los delitos especiales –al igual que en cualquier otro delito–, se utilicen las reglas generales de la participación (Art. 24° y 25° CP) para ampliar la sanción de los tipos penales contra aquellos que determinan o contribuyen a que el autor cometa el delito.

En la actualidad, la teoría unitaria o de la unidad del título de la imputación es la dominante en la doctrina penal peruana (VILLAVICENCIO: 2006, 505 / ABANTO:

2004, 6). Según esta tesis, el partícipe extraneus que participa en un delito especial deberá ser sancionado como partícipe de ese delito especial. Esto es, tanto intraneus como extraneus responden por el mismo delito especial.

Esta teoría sostiene que el extraneus será sancionado como partícipe de un delito especial, en tanto que él llega a tomar parte en un hecho más grave que un delito común, con el conocimiento, además, de que al funcionario extraneus le resultará más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura institucional (GÓMEZ: 2006, 465). Esta es la teoría que compartimos en este curso, puesto que respeta el principio de "accesoriedad limitada", el verdadero desvalor penal que subyace en la conducta del extraneus y no deja espacios de impunidad. Asimismo, realiza una interpretación correcta del artículo 26° CP.

Ahora bien, una de las críticas que ha recaído sobre la teoría de la unidad del título de la imputación es que la pena abstracta aplicable al extraneus sería desproporcional, puesto que sería la misma que la del intraneus en los delitos especiales. Es por ello que se ha formulado una teoría mixta que, siendo todavía una teoría de la unidad del título de la imputación, propone aplicar una ruptura en la penalidad (marco penal) del extraneus e intraneus.

El fundamento normativo de esta teoría se encuentra, nuevamente, en el artículo 26° del CP (PARIONA: 2006, 767). Se sostiene que el término "responsabilidad" del artículo 26°se refiere únicamente a la "culpabilidad" del sujeto. Los partidarios de esta teoría sostienen que podría realizarse una "ruptura formal" del título de imputación (solo para efectos de determinar la penalidad) a través del entendimiento de que, en los sujetos especiales (por ejemplo, los funcionarios públicos.), la cualidad especial en realidad no estaría relacionada con el injusto (tipicidad y antijuridicidad de la conducta), sino con la culpabilidad del agente. Por tanto, al ser la culpabilidad siempre personal, es incomunicable a los extraneus conforme con el artículo 26°. Al tener el intraneus una cualidad especial personal que no tiene el extraneus, a este le corresponde una pena menos grave que la de aquel.

De esta manera, se dice que cuando estemos frente a un delito especial impropio, se deberá sancionar al extraneus con una pena dentro del marco de la pena abstracta establecida para el delito común subyacente (ABANTO: 2004, 17) (por ejemplo, el extraneus será sancionado como cómplice del delito de peculado, pero se le

aplicará una pena dentro del marco penal abstracto del delito de hurto o apropiación ilícita), mientras que si estamos ante un delito especial propio, solo se le atenuará la pena establecida en el delito especial.

No obstante lo interesante de esta salida penológica, nosotros consideramos que si intentamos sustentar la unidad del título de imputación en razón del verdadero desvalor penal de la conducta (del delito de corrupción, por ejemplo), tendríamos que concluir, por fuerza, que la reducción de la pena aplicable sobre el extraneus tendrá que desprenderse del marco penológico del delito especial, y no de otro delito común correlativo.

5. Principales delitos contra la Administración Pública

A. Los delitos de cohecho

Los delitos de cohecho, también denominados en estricto "delitos de corrupción de funcionarios", vienen a representar un conjunto de delitos consistentes en la compra-venta de la función pública. Como característica común de estos delitos tenemos su "bilateralidad" o su naturaleza de "delitos de participación necesaria" (punible), pues siempre son dos partes las que intervienen:

I. El funcionario que acepta o solicita el "pago" por la venta de la función pública y;

II. El sujeto que compra el "servicio" o recibe el ofrecimiento del funcionario.

A.1 Los delitos de cohecho pasivo

Las figuras delictivas de cohechos pasivos, a grandes rasgos, sancionan al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita de una persona una ventaja o beneficio de cualquier índole a cambio de realizar algún acto conforme (cohecho pasivo impropio) o contrario (cohecho pasivo propio) a

sus funciones públicas. En otras palabras, los delitos de cohecho pasivo se encargan de incriminar solo a una de las partes intervinientes en el contexto de compra-venta de la función pública: al servidor público en el ejercicio de su función.

Respecto del tipo penal del art. 393 CP, en la doctrina penal comparada (DE LA MATA: 2006, 110) y nacional (ABANTO: 2003, 422), parece haber acuerdo en que el bien jurídico específico protegido por el cohecho pasivo propio es la "imparcialidad" en el ejercicio de la función pública. Esto implica el deber de los operadores públicos de obrar con neutralidad y objetividad, de tal forma que se satisfaga el interés general y no intereses privados. Dicho de otro modo, en el delito de cohecho pasivo se protege la gestión objetiva de la Administración.

Con relación al tipo penal de art. 394 CP, el bien jurídico específico depende de la modalidad de cohecho pasivo impropio que se cometa:

I. Si el acto por el cual el funcionario recibe, acepta o solicita la ventaja es un acto propio del cargo de carácter "reglado" –es decir, sin poder de discrecionalidad–, el bien jurídico protegido será el **"ejercicio no abusivo del cargo público"**;

II. Si el acto por el cual el funcionario recibe, acepta o solicita la ventaja es un acto propio del cargo de carácter "discrecional" –es decir, el funcionario tiene poder de decisión sobre determinada relación jurídica con la Administración–, el bien jurídico protegido será, al igual que en el cohecho pasivo propio, **la gratuidad de la función pública.**

Cuando nos referimos al delito del art. 397 CP, la identificación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho activo dependerá de la modalidad delictiva que cometa el autor:

I. Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice u omita un acto en violación de sus obligaciones, o para que realice un acto propio de sus funciones, pero con poder discrecional, el bien jurídico protegido será la "imparcialidad" o la "gratuidad" en la función pública (RODRÍGUEZ: 1999, 85-89);

II. Si el autor entrega la ventaja a un funcionario para que realice un acto propio de su cargo de carácter "reglado", el bien jurídico protegido será el "ejercicio no abusivo del cargo público.

A.2. Elementos problemáticos

El sujeto activo

El sujeto activo del cohecho pasivo propio e impropio solo puede ser aquel funcionario que actúa en el ámbito de sus competencias; es decir, el funcionario que actúa invadiendo las funciones de otro o que actúa al margen de sus competencias no puede ser sujeto activo.

Así pues, los actos funcionales que se venden por parte del funcionario público a cambio de la dádiva o beneficio tienen que estar siempre relacionados con las competencias funcionariales propias del cargo. Cuando el funcionario que recibe la dádiva o beneficio no tenga atribuciones sobre el acto que vende, podremos estar ante dos posibles situaciones. Por un lado, podría haber "usurpación de funciones" –si realiza acciones para las que no tiene competencias y, por otro lado, podría haber "tráfico de influencias" si la recepción o aceptación de la dádiva o beneficio es para que el funcionario intervenga ante otro funcionario que conoce de un procedimiento administrativo o judicial.

Cabe señalar que, aun cuando el funcionario no ejecute los actos directamente, sino a través de subordinados, también habrá que apreciar un acto propio de sus competencias legítimas y, por lo tanto, podrá ser aplicado el delito de cohecho pasivo.

La recepción del beneficio por persona interpuesta

El funcionario que utiliza a otra persona para recibir el beneficio podrá ser considerado "autor mediato" (si se ha utilizado sobre el extraneus coacción, engaño, amenaza, etc.) o simplemente "autor" del delito (si la persona interpuesta actúa con pleno conocimiento de su accionar delictivo). En este último caso, la persona interpuesta es considerada un "instrumento doloso no cualificado" que, a nuestro juicio y siguiendo la "teoría de la unidad del título de la imputación", debe responder como cómplice del delito de cohecho pasivo. Un extraneus no podrá ser autor del delito especial en ningún caso.

La no necesidad de contenido patrimonial de la ventaja o dádiva

Se ha discutido en doctrina si un favor sexual o sentimental puede constituir un beneficio que se entrega al funcionario a cambio de que realice un acto contrario a sus obligaciones o propio de su cargo. Los tipos penales nacionales de cohecho sí permiten incluir dentro del concepto "ventaja" o "beneficio" (los favores sexuales, por ejemplo) supuestos que no necesariamente tengan contenido patrimonial o económico (ROJAS: 2007, 644). Este es un principio establecido en la CNUC en su artículo[3].

En estos casos, aun cuando no se pueda poner un precio de mercado a la ventaja obtenida por el funcionario, sí existe un condicionamiento del ejercicio de la función pública a fines distintos a los intereses generales, por lo que es perfectamente posible apreciar la configuración del delito[4].

A.3. Sistema concursal de los delitos de cohecho

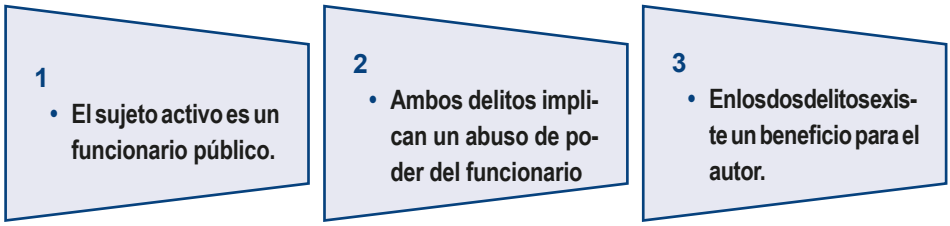
El legislador penal, respetuoso del principio de responsabilidad por el propio hecho, sanciona por separado y de acuerdo al particular comportamiento típico, al autor de cohecho activo (sujeto particular) y al de cohecho pasivo (funcionario público). Y eso es así en virtud del "criterio de subsidiariedad". Es decir, en los supuestos en los que un sujeto interviene con una sola conducta como autor y partícipe en diferentes delitos debe prevalecer la intervención de mayor gravedad: la intervención delictiva como autor.

[3]CNUC, artículo 3: 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.

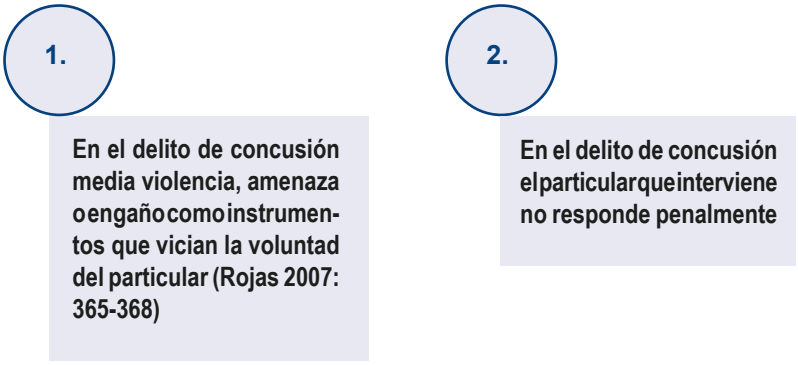
[4]En este mismo sentido se ha pronunciado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual, en su artículo 15º, establece que para apreciar un delito de soborno (cohecho) se debe aceptar o solicitar en general un "beneficio indebido"; es decir, no interesa el contenido económico o no de este.

Problema concursal entre el delito de cohecho pasivo y el delito de concusión (art. 382° CP)

Entre el delito de cohecho pasivo y el delito de concusión existen las siguientes semejanzas:



No obstante, existen también importantes diferencias sustantivas:



Ambas características no se registran en el tipo penal de cohecho.

Así pues, al tener los delitos de cohecho pasivo y concusión ciertos elementos divergentes, existe entre ellos un concurso aparente de delitos que deberá resolverse a través del criterio de especialidad.

Delito	Diferencias	Semejanzas
Concusión	• Uso de violencia, amenaza o engaño que vicia la voluntad del particular • El particular sobre el que recae la violencia, amenaza o engaño que no responde penalmente	• El sujeto activo es un funcionario público • Existe abuso de poder del funcionario • Existe beneficio para el autor
Cohecho pasivo	• Existe libertad contractual entre el funcionario y el particular • No existen medios que vicien la voluntad del particular • El particular que interviene puede responder penalmente.	

B. El delito de peculado

La definición del bien jurídico específico protegido por el delito de peculado la proporciona el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116[5]. Este señala que el peculado es un delito pluriofensivo y que el bien jurídico contiene dos partes:

I. Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y

II. Evitar el abuso del poder que tienen los funcionarios o servidores públicos, conducta que transgrede los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Aspectos problemáticos

Un aspecto problemático es la posición que el funcionario público debe tener para poder cometer el delito de peculado. Así, para que un funcionario pueda ser considerado autor de este delito, los recursos o caudales públicos no tienen que encon-

[5]Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, fundamento jurídico n° 6.

trarse necesariamente bajo su tenencia material directa. Lo contrario sería tanto como volver al "ciego causalismo". Por el contrario, lo que se exige es que el funcionario en cuestión cuente con la disponibilidad jurídica. Esta implica que la competencia funcionarial del agente, por efecto de la ley, le otorgue libre disposición sobre los bienes, caudales o recursos. Para decirlo en otros términos, el funcionario debe tener una competencia específica sobre los recursos públicos, adquirida por efecto del cargo público que desempeña. Algo que no debe asimilarse a la tenencia o custodia material de los bienes o recursos. Y así lo entiende el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

Ejemplo: caso de la congresista Canchaya

Elsa Canchaya fue condenada por el delito de nombramiento ilegal, pero también pudo ser condenada por el delito de peculado a favor de tercero, puesto que la conducta ilícita que cometió consistió en contratar como asesora de su despacho a la señorita Jacqueline Simón Vicente, quien no contaba con los requisitos necesarios y exigidos por ley para ocupar dicho cargo de asesora del despacho congresal. Esta señorita, además, laboraba en casa de Elsa Canchaya como empleada del hogar.

Tal como se estableció en la sentencia que la condenó por delito de nombramiento ilegal[6], la ex congresista Canchaya tenía el control sobre la designación directa de su asesora. En este sentido, si bien la ex congresista no tenía el control material sobre el dinero que se le pagaba a su asesora, dado que podía designar discrecional y directamente a quién sería su asesora, sí tenía una competencia funcional o disponibilidad jurídica sobre los recursos que se destinarían a pagar el sueldo que indebidamente recibió Jacqueline Simón Vicente.

[6]Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 07-2007, de fecha 7 de octubre de 2009.

Un segundo elemento problemático es el concerniente a los viáticos como objeto de la acción en el delito de peculado. El problema radica en que no hay un acuerdo en doctrina ni en jurisprudencia respecto a si el no reintegro de saldos no utilizados por parte del funcionario público que recibe los viáticos constituye un delito de peculado por apropiación o por utilización (distracción). O si, por el contrario, dicho hecho no tiene relevancia penal. Pues bien, se debe entender por viático «cualquier asignación en dinero o en especie, fuente de financiamiento por viajes dentro del país (o fuera del país), que perciba el comisionado por cualquier concepto de viajes en comisión de servicio oficial o capacitaciones autorizadas.»[7]

En otras palabras, los viáticos serán «la asignación que se otorga al personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque […].»[8]

Así las cosas, el no reintegro de saldos no utilizados por el funcionario público que recibe los viáticos constituyen un delito de peculado por apropiación o por utilización (distracción). Esta posición se encuentra apoyada por lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 007-2013-EF, según el cual los funcionarios públicos se encuentran obligados a rendir cuentas por los gastos debidamente fundamentados por concepto de movilidad, hospedaje y alimentación que requiera su comisión de servicio.

Ello quiere decir que los funcionarios públicos no cuentan con discrecionalidad absoluta en relación a los fondos públicos que les son entregados en calidad de viáticos. Por el contrario, tienen el deber de rendir cuentas de los gastos efectuados. Como puede apreciarse, esta postura es la que se condice mejor con el bien jurídico protegido en el delito de peculado: la administración íntegra, leal y proba del dinero público que le es confiado al funcionario en razón de su cargo.

[7]Definición tomada de la Directiva N° 004-2011 UNH.
[8]Directiva N° 009-2005/CONSUCODE/PRE.

Ahora bien, un tercer problema que surge en este punto es dilucidar si el delito de peculado se realiza vía la apropiación del dinero recibido en calidad de viático o por la utilización indebida de aquel. La opción más correcta es la de considerar que se trata de delitos de peculado por utilización. Se entiende que los billetes se entregan en propiedad, por ende, un agente público no podrá apropiarse de algo que ya se encuentra dentro de su patrimonio.

Es por ello que la no devolución del saldo no utilizado del viático constituye un supuesto de utilización indebida del patrimonio administrado por el Estado, más no una apropiación en sí[9].

Sistema concursal

Entre el delito de peculado y el de malversación existen algunas similitudes, por lo que podría presentarse algún nivel de complejidad concursal. Así pues, por ejemplo:

I. El objeto en ambos delitos es el dinero o bienes del Estado que el funcionario domina en razón de su cargo;

II. Se exige una relación funcional especial entre el funcionario público y los bienes o el dinero público; y

III. Tanto en el peculado como en la malversación se puede terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o la específica gestión de una parcela de la función pública.

Sin embargo, la diferencia entre el delito de peculado y la malversación de fondos es marcada. Si bien en ambos delitos el funcionario debe encontrarse en una posición especial frente a los bienes o dinero público, en el delito de peculado, el funcionario público debe tener una relación de competencia funcional o de disponibilidad jurídica.

[9] Una explicación más detallada de esta postura se puede encontrar en "Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado" (Boletín Anticorrupción 2011: página 3).

Por otro lado, en el delito de malversación de fondos, el funcionario debe encontrarse en una relación más estricta, pues los bienes objeto del delito deben estar siendo administrados por el agente. Esto supone que el funcionario público tenga la facultad no solo de disponer de los bienes públicos, sino, específicamente, de aplicarlos a finalidades legalmente determinadas. En este sentido, entre los delitos que se comentan existirá solo un concurso aparente, el mismo que se resuelve de acuerdo a la especificidad típica del caso concreto[10].

Ejemplo

El famoso caso del congresista Anaya Oropesa, conocido a raíz de este caso como "Comepollo", constituye un ejemplo de la comisión del delito de peculado. Fue condenado por el delito de peculado doloso tras haber presentado documentación falsa para obtener reembolsos indebidos por gastos simulados en consumo de "pollos a la brasa" y compra de pasajes de transporte terrestre y aéreo. En este caso, si bien el Sr. Anaya Oropeza no tenía físicamente el dinero que posteriormente se le reembolsó, sí disponía normativamente del mismo –sí tenía disponibilidad jurídica entonces-, pues el Reglamento del Congreso de la República (Art. 22° Inc. "f") lo facultaba a administrar dicho dinero, a efectos de cumplir con los deberes propios de su función público-parlamentaria.

Para mayores alcances revisar la sentencia recaída en el expediente N° 08-2008 emitida el 11 de febrero de 2011.

Cabe mencionar brevemente que uno de los recientes problemas que se presentan en este punto es el concerniente a la utilización de caudales y bienes públicos para una finalidad pública en el sentido formal -como fines sociales o benefactores-, pero

[10]En esta misma línea, Fidel Rojas opina que "la aplicación diferente, es decir, la utilización, empleo o inversión distinta, tiene que circunscribirse al ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos. Porque si el funcionario destina el dinero o bienes a su uso, provecho personal o de terceros, el tipo penal no será malversación sino peculado" (2007: 552).

que en realidad sirven para conseguir determinados fines proselitistas políticos. En este supuesto nos encontramos ante una aplicación privada de aquellos caudales o bienes públicos, lo que nos lleva a concluir que estamos ante un caso de peculado.

Delito	Similitudes	Diferencias	¿Cómo se resuelve el concurso?
Peculado	• El objeto del delito es el dinero o bienes públicos. • El autor de ambos delitos debe encontrarse en una relación funcional respecto de los bienes o recursos públicos. • En ambos delitos se puede terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o función pública.	• El funcionario público debe tener relación de disponibilidad jurídica sobre el bien público. • La finalidad que se le da a los recursos públicos es privada.	• Debido a las diferencias expuestas y por el principio de especialidad, estamos frente a un concurso aparente entre ambos delitos que se resuelve, en el caso de apropiación o utilización de recursos públicos para fines privados, a favor del delito de peculado.
Malversación		• El funcionario debe tener una relación más estricta, puesto que administra y destina los bienes y dinero público a finalidades específicamente determinadas por la ley. • La finalidad que se le da a los recursos públicos también es pública.	

Finalmente, también existe concurso aparente de delitos entre el peculado y otros delitos comunes, como lo son la apropiación ilícita (artículo 190° CP) y el delito de hurto (artículo 186° CP). Sin embargo, por el principio de especialidad, el delito de peculado subsumiría las conductas de la apropiación ilícita y del hurto cuando de los hechos se advierta que la apropiación solo pudo ser posible en virtud del uso indebido del poder público que la Administración otorga a sus operadores.

Delito	Similitudes	Diferencias	¿Cómo se resuelve el concurso?
Peculado	• En los tres delitos, el sujeto activo comete el delito quedándose o apropiándose de dinero o bienes que no le pertenecen. • En el delito de peculado y de apropiación ilícita, el sujeto activo puede cometer el delito utilizando, también, el dinero o recursos públicos para un fin privado distinto al fin público para el que está destinado.	• El delito de peculado es un delito especial, puesto que exige que sea un funcionario público quien lo cometa. Por su parte, la apropiación ilícita y el hurto son delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona. • El bien jurídico protegido en el delito de peculado es distinto al bien jurídico protegido en el delito de apropiación ilícita y/o hurto (donde el bien jurídico genérico es el patrimonio).	• Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de peculado es más específica y subsume de manera más completa los hechos, en comparación con la de apropiación ilícita o hurto. En este sentido, el concurso sería solo aparente.
Apropiación Ilícita			
Hurto			

C. El delito de malversación de fondos

El bien jurídico específico que se tutela penalmente en el delito de malversación de fondos es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En otras palabras, busca proteger que la ejecución del gasto, o el empleo de bienes y dinero público, se realice bajo los parámetros de una organización racional, ordenada y legítima (Rojas: 2007, 549-550 / Abanto: 2003, 381 / Salinas: 2011, 386).

Elementos problemáticos

Como se adelantó en el acápite correspondiente al delito de peculado y sus problemas concursales, en el caso del delito de malversación, el tipo penal exige una

relación estricta y directa entre el funcionario y los recursos públicos. Dicha relación consiste en administrar los bienes y dinero público y no simplemente tener un poder de control o disposición por efecto del cargo que el funcionario tenga. De este modo, se constata la facultad de disponer de los recursos públicos y también de aplicarlos a finalidades que hayan sido legalmente determinadas. Ello implica que el agente tiene la facultad o el deber de implementar y aplicar los planes que han sido previamente trazados por la administración pública respecto de bienes o recursos, mediante la emisión de decretos, resoluciones o reglamentos. El destino o finalidad se encuentra contemplado en normas presupuestales. Además, la finalidad debe ser expresa, pues de lo contrario, el agente público tendría discrecionalidad para aplicar los recursos públicos a los fines públicos que él considere necesarios (Abanto: 2003, 384).

Un tercer elemento por considerar en relación con el delito de malversación es que el tipo penal exige como uno de sus elementos la lesión o puesta en peligro de la función o servicio legalmente previsto. Es decir, la desviación de los bienes o dinero público debe generar la omisión u obstrucción de la prestación del servicio inicialmente contemplado en la Ley.

Finalmente, un punto por destacar es que la desviación de fondos públicos debe darse hacia otro fin público y no hacia un fin o beneficio privado. Un aspecto para distinguir el delito de malversación del delito de peculado es el destino para el cual se emplean los recursos públicos. El delito de malversación exige que el dinero o bienes públicos sean utilizados para otro destino público, ya que si se emplean para un beneficio de carácter privado, estaríamos ante la posible comisión de un delito de peculado. Por lo demás, el carácter definitivo del nuevo destino de los fondos públicos significa la imposibilidad de retrotraer los efectos de la nueva asignación presupuestal, respecto del original destino legalmente preestablecido.

Sistema concursal

En líneas precedentes se tomó postura acerca del aparente concurso entre el delito de peculado y el de malversación de fondos. Sin embargo, otro supuesto de concurso podría presentarse entre del delito de malversación y el de abuso de autoridad (artículo 376° CP). Sin embargo, por efecto del principio de especialidad, y cuando

de los hechos esto sea pertinente, la conducta contemplada en el delito de abuso de autoridad sería subsumida por la redacción más específica del delito de malversación.

Debemos recordar en este punto que no todos las conductas que atentan contra la Administración Pública son necesariamente supuestos delictivos de corrupción. Por tanto, en el supuesto en el que medie un pago como retribución de una malversación de fondos, nada impide que exista un concurso real entre los delitos de cohecho y de malversación de fondos. Y esto es así, no solo por la diferencia de sucesos típicos, sino además y principalmente, porque la categoría criminal de la corrupción tiene su propio injusto desvalorado por el Derecho penal, el mismo que ha de analizarse y valorarse de forma independiente del resto de comportamientos típicos.

Delito	Similitudes	¿Cómo se resuelve el concurso?
Abuso de autoridad	• **Abuso: el funcionario público abusa, comete u ordena cometer un acto arbitrario** • **Perjuicio: el acto causa perjuicio a alguien**	• **El delito de abuso de autoridad contempla una conducta más genérica. Sería residual respecto del delito de malversación.**
Malversación	• **Abuso: al destinar los bienes o recursos públicos a un fin distinto y definitivo al determinado por la norma, el funcionario está abusando de su poder y actuando de manera arbitraria.** • **Perjuicio: genera un perjuicio en las personas que son destinatarias del servicio que se ha visto directamente afectada por la desviación de los fondos.**	• **El delito de malversación prevé una conducta más específica que el abuso de autoridad. Es decir, el tipo penal exige una forma específica de abusar de la autoridad que el cargo le otorga al funcionario al prever que este sea sancionado penalmente por haber actuado con una discrecionalidad que no le corresponde, destinando fondos o bienes públicos a fines distintos a los que la ley le manda.** • **Así, por el principio de especialidad, se trataría de un concurso aparente y se aplicaría el tipo penal de malversación.**

D. El delito de enriquecimiento ilícito

El bien jurídico del enriquecimiento ilícito tiene naturaleza autónoma (Abanto: 2003, 540-541), pues las conductas que le preceden no tienen que ser necesariamente otros delitos de corrupción. Es decir, es suficiente que la fuente ilícita de enriquecimiento esté constituida por actos no ajustados a Derecho[11] . En esta medida, el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito se aproxima al bien jurídico general de los delitos de corrupción: el correcto y normal funcionamiento de la administración pública (Montoya 2012: 62-63), el cual se manifiesta en los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública.

Elementos problemáticos

Estamos ante un delito especial de posición institucionalizada. En esta medida, el sujeto, al momento de ingresar a la función pública, asume no solo potestades, sino también un conjunto de derechos y deberes que delimitan sus potestades, sino también un conjunto de derechos y deberes que delimitan sus actos (Montoya: 2012, 64). En concreto, el funcionario público tiene deberes de probidad y transparencia que trazan una frontera clara entre las fuentes legítimas y las fuente ilícitas de enriquecimiento. En otras palabras, el funcionario público, a diferencia de los demás ciudadanos, solo puede enriquecerse a través de un conjunto de actos delimitados previamente, de forma que toda fuente de enriquecimiento que no esté en este parámetro se considerará fuente ilícita, siempre que se pruebe si aquel enriquecimiento fue fruto del abuso del poder público que la Administración otorga a sus operadores o gestores (Montoya: 2012, 64).

Un primer problema que enfrenta el delito de enriquecimiento ilícito es el concepto de “incremento del patrimonio”, el cual debe ser interpretado de forma que se abarque tanto los actos de incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos.

Un segundo problema que presenta este delito es el referido a su naturaleza de delito de posesión. Así, el núcleo del injusto yace en que el sujeto activo (el funcio-

[11] Cfr. Sentencia de la Sala Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 09-2001.

nario público) posee bienes obtenidos de fuente ilícita (Pastor: 2005, 37-43). Como vemos, no se está sancionando un acto puntual o una suma de actos aislados, sino que estamos frente a una situación ilícita. Se debe tener en cuenta que la posesión de los bienes en la esfera de custodia supone el ejercicio de una actividad que se prolonga en el tiempo (Cox: 2012, 120-125). De esta manera, el enriquecimiento ilícito es un delito comisivo y permanente. Esto último importa, ya que solo reconociendo la naturaleza permanente de este delito se podrá sancionar de forma correcta todo acto de participación que ocurra durante la situación antijurídica de enriquecimiento.

Ahora bien, no se debe confundir el hecho de que el enriquecimiento ilícito es un delito de consumación instantánea con la naturaleza permanente de este. Si bien el delito se consuma en un primer momento (incorporación del bien), el núcleo del delito, como ya dijimos, yace en un segundo momento, donde la situación de enriquecimiento que se mantiene en el tiempo (Montoya 2012: 65-67). Así, el delito se sigue consumando hasta que se abandone la situación antijurídica (Mir, 2006, 224).

Otro tema problemático en el enriquecimiento ilícito es la naturaleza de la ilicitud, la cual tendrá como fuente todo acto no ajustado a Derecho según los deberes del funcionario público. Así, todo lo que no esté razonablemente justificado será considerado un indicio de incremento indebido del patrimonio del funcionario (Montoya: 2012, 65-67).

Siguiendo con los elementos del tipo penal, no se puede olvidar que el delito de enriquecimiento ilícito exige un vínculo funcionarial que se expresa en dos formas:

I. Relación funcional: el mal uso del cargo público debe causar el enriquecimiento;

II. Relación temporal: el enriquecimiento debe producirse durante el ejercicio del cargo público.

Finalmente, existe un aparente problema con la participación de los extraneus en cierto supuesto de hecho. A manera de ejemplo: un funcionario público, que abusa de su cargo, se enriquece indebidamente. Luego, con el objetivo de eliminar los rastros y huellas de su enriquecimiento, el funcionario le entrega el dinero adquirido ilícitamente a sus familiares y amigos, quienes forman negocios y compran bienes

inmuebles con dicho dinero ¿Qué sucede con los familiares y amigos? En la lógica de los delitos instantáneos, estaríamos ante una intervención post-consumativa (en tanto que ocurren luego de que el funcionario público adquirió el dinero de fuente ilícita), y por lo tanto, impune (siempre que no se traiga a análisis el injusto del delito de lavado de activos). Sin embargo, no podemos olvidar que el delito de enriquecimiento ilícito es de naturaleza permanente, de forma que durante el periodo de la situación antijurídica – que es donde el funcionario público mantiene el control sobre el patrimonio de fuente ilícita-, cualquier tipo de participación delictiva puede ser punible (Montoya: 2012, 70).

Sistema concursal

Desde el punto de vista político-criminal, el enriquecimiento ilícito es una figura que busca evitar lagunas de punibilidad frente a delitos de corrupción que no han salido a la luz. Así, el enriquecimiento ilícito se sanciona cuando no es posible evidenciar la comisión de algún delito contra la administración pública realizado previamente (Novoa y Rodríguez: 2012, 74). Estamos entonces ante un delito de naturaleza subsidiaria. Como consecuencia de esto, siempre que se pruebe la existencia de un delito de corrupción previo que produzca el enriquecimiento del funcionario, estaremos ante un concurso aparente de leyes que deberá solucionarse a favor del delito previo. Ello en la medida en que este supone una forma de ataque más grave y acabada del mismo bien jurídico (Mir 2006: 655). Ahora, existen casos en que el delito fuente del enriquecimiento no puede explicar o solo explica parcialmente el considerable desbalance patrimonial no justificado por el funcionario público. En tal supuesto, se requiere de los dos tipos penales (delito fuente y enriquecimiento ilícito) para desvalorar completamente el hecho típico.

E. El delito de colusión desleal

El bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este (Guimaray: 2011, 3).

Elementos problemáticos

Un primer elemento por ser analizado es el correspondiente al contexto típico que exige el precepto penal para que se considere cometido el delito de colusión. Pues bien, el artículo 384° CP establece que el delito debe cometerse respecto de cualquier operación a cargo del Estado. En esta medida, se puede cometer el delito de colusión en el marco de un contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica, en el cual el Estado intervenga o suscriba. Y por lo tanto, la comisión de este delito no se limitaría a aquellos procedimientos reglados para la provisión de bienes y servicios.

Un elemento que también merece ser analizado es el concerniente al autor en el delito de colusión. El tipo penal indica que el autor será aquel funcionario público que se colude interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo. La interpretación más adecuada establece que el autor debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso reglado mediante opiniones, informes, etc. Es decir, no es necesario que pertenezca específicamente al comité de selección o que se trate del funcionario encargado de suscribir el contrato. Lo relevante penalmente es que el funcionario tenga posibilidad de incidir sobre la decisión acerca de quiénes serán los particulares beneficiados por la concertación ilegal.

Respecto del acuerdo colusorio, el delito de colusión implica bilateralidad, es decir, la existencia de un acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular interesado. Por la naturaleza del acuerdo, este es casi siempre subrepticio. De otro lado, la concertación debe darse de manera dolosa, en vista de que el funcionario público privatiza su actividad funcionarial, representando sus intereses particulares y no los intereses del Estado (Montoya: 2008, 100). En tanto, la conducta típica "concertar" debe ser realizada con la finalidad de "defraudar al Estado", el acuerdo colusorio debe ser idóneo para defraudar o afectar los intereses estatales.

La Corte Suprema ha considerado como indicios de la existencia de un acuerdo colusorio: la regularización posterior al contrato, elegir sin justificación el monto más alto de dinero que el Estado deba pagar a cambio de la prestación de bienes y/o servicios, la sobrevaluación desproporcionada de bienes y la aceptación de bienes o servicios en mal estado.

Un último elemento problemático por comentar es el referido a la naturaleza del delito de colusión. Con la redacción actual, se puede afirmar que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo, sino que el delito de colusión es un delito de peligro abstracto, puesto que la conducta típica es concertarse para defraudar al Estado. Al respecto, es ilustrativo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que indica lo siguiente:

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n° 00017-2011-PI/TC, emitida el 3 de mayo de 2012

«29. (…) la introducción del término patrimonialmente puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio estatal y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual, "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.»

Sistema concursal

El delito de colusión puede presentar un problema concursal respecto del delito de negociación incompatible (art. 399° CP), como se detalla en el siguiente cuadro:

Delitos	Similitudes	Diferencias	¿Cómo se resuelve el concurso?
Negociación incompatible	• El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica en la que el Estado interviene como parte. • Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos.	• La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado. • La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado).	• Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en la negociación incompatible es más genérica. Por ende, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva.
Colusión		• En la negociación incompatible, la conducta típica es el solo interesarse. • La negociación incompatible tiene un carácter unilateral.	

F. El delito de tráfico de influencias

Antes de pasar al análisis del bien jurídico protegido, es pertinente notar que esta figura delictiva presenta una modalidad básica y otra agravada. La modalidad básica del delito constituye un delito común, mientras que la modalidad agravada constituye un delito especial en virtud de la exigencia de la calidad del funcionario público del sujeto activo.

Existe consenso entre nuestra judicatura y doctrina[12] que el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de influencias es el siguiente: imparcialidad de la función pública. Tanto en la modalidad de tráfico de influencias reales como en la modalidad de tráfico de influencias simuladas, se pondría en peligro, de forma abstracta, el principio de imparcialidad funcionarial.

Sin embargo, si atendemos a la naturaleza de este tipo penal podemos advertir ciertas críticas contra la opinión mayoritaria. El Código Penal sanciona el simple.

hecho de ofrecer o invocar influencias. De esto no puede predicarse que se ponga en riesgo abstracto, la imparcialidad del funcionario sobre quien recaería el influyo del agente. Esto es así porque el tipo penal no sanciona la idoneidad del acto influyente, es más, ni siquiera prevé el contacto entre el influyente y el influido. Lo mismo podrá decirse del supuesto en el que las influencias invocadas son irreales.

Sin perjuicio de aceptar que los delitos de peligro son tan legítimos como los de lesión (es más, desde cierta óptica podríamos decir que todos los delitos son de peligro como fundamento último de la tentativa), es necesario advertir que en la tipificación del delito de tráfico de influencias lo que realmente se protege es la "institucionalidad de la administración pública", entendida como una institución primordial de la sociedad, que se autodefine como un mecanismo objetivo, legal y prestacional mediante el cual el Estado cumple sus objetivos constitucionales. De tal forma que, la sola invocación de las influencias comunica el mensaje en la población acerca de un Estado vendible, transable y en tanto ello endeble, incapaz de cumplir con sus fines constitucionales. Siendo un tipo de protección abstracta, cumple el objetivo preventivo de sancionar los primeros de actos de corrupción (invocar influencias).

Desde un punto de vista político-criminal construir el bien jurídico del delito de tráfico de influencias desde la "institucionalidad de la administración política" supone un elemento importante de un sistema penal integral en materia anticorrupción. A nadie le quepa la menor duda de que es preferible atacar los engranajes de

[12]San Martín, Caro y Reaño 2003: 38. Exp. N° 00172-2011-6-1826-JR-PE-01, Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Suprema el 26 de abril de 2013, Exp. N° 00193-2012-9-1826-JR-PE-03, Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Suprema el 18 de julio de 2013; Exp. N° 023-2001, Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima del 10 de noviembre de 2004, entre otros.

corrupción en sus inicios que luego intentar desbaratar los hilos que se tejen en esta categoría criminal tan vigente, sofisticada y global.

Por lo demás, esta propuesta acerca del bien jurídico es aplicable tanto si se trata del supuesto de tráfico de influencias real como si nos referimos al supuesto de influencias simuladas o irreales.

Elementos problemáticos

- Funcionarios destinatarios de la intervención que se ofrece

  El tipo penal de tráfico de influencias señala que la intervención que ofrece el autor debe ser ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, por lo que se plantea la problemática de delimitar quiénes son dichos funcionarios. No cualquier funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades jurisdiccionales y administrativas (Rojas: 2007, 795). Es decir, el funcionario sobre el que se ofrece interceder debe tener bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo. Sobre este punto, cabe realizar dos precisiones:

Cuando nos referimos a funcionarios con potestades o facultades jurisdiccionales, debe entenderse a la jurisdicción en sentido amplio; es decir, se incluyen, además de los jueces o tribunales, a los fiscales, por ejemplo (Rojas: 2007, 795).

El momento de la intervención ofrecida puede referirse a cualquier etapa de proceso, no solo a la etapa decisoria final (Rojas: 2007, 795). La utilización del término "haya conocido" permite interpretar que la intervención ofrecida puede referirse a una etapa posdecisoria incluso.

- La responsabilidad del comprador de influencias o interesado

Otro tema problemático de este delito es el referido a la responsabilidad de la persona que compra la influencia (interesado) o que entrega la ventaja, donativo o beneficio al traficante de influencias. En principio, habría que decir que el delito de tráfico de influencias es un "delito de intervención necesaria" o "plurisubjetivo", es decir, su redacción típica exige la intervención de más de una persona para la configuración del delito. En específico, y desde la teoría clásica, es un "delito de encuentro", ya que se requiere que las intervenciones de los sujetos se den desde direcciones diferentes y de manera complementaria. En este sentido, y de acuerdo a lo expuesto en líneas precedentes, el comprador de influencias o interesado responderá penalmente como partícipe del delito, siempre que su intervención suponga una conducta que representa un riesgo penalmente desaprobado para el bien jurídico.

Otra salida acerca del tercero o particular interesado será sancionarlo como autor de una conducta que podríamos denominar "tráfico de influencias activo", donde se le sanciona por crear un comportamiento típico contra el bien jurídico "institucionalidad de la administración pública".

De cualquier forma, debe quedar claro que, de ninguna manera, el interesado o comprador de influencias es la víctima del delito cuando se está ante la modalidad delictiva de "influencias reales", pues el objeto de protección jurídico-penal en el delito de tráfico de influencias tiene naturaleza institucional que no es de titularidad del interesado, por lo que no puede considerársele a él como víctima del delito.

Sistema concursal

- Problema concursal con el delito de cohecho activo

Un problema concursal se presenta entre el delito de tráfico de influencias y cohecho activo. Es necesario recordar que para la configuración del delito de tráfico de influencias no se requiere, en absoluto, que el vendedor de influencias se ponga efectivamente en contacto con el funcionario público que ha conocido, conoce o conocerá el caso judicial o administrativo. Por tanto, no existe obstáculo alguno para apreciar un concurso real de delitos (Art. 50° CP) cuando luego de la venta de influencias, el traficante

de influencias entregue algún beneficio para que el funcionario público resuelva de determinada manera el caso (Abanto: 2003, 537 / Reaño: 2004, 70). Aquí el vendedor de influencias respondería, en concurso real, como autor del delito de tráfico de influencias y como autor del delito de cohecho activo.

Delito	Semejanza	Diferencia	¿Cómo se resuelve el concurso?
Tráfico de influencias	• En ambos delitos, el tipo penal hace referencia a la actuación de un funcionario público. En el caso del tráfico de influencias, se hace referencia a la actuación de un funcionario con facultad jurisdiccional, mientras que en el cohecho activo, se hace referencia a la actuación de cualquier funcionario.	• No se requiere que el vendedor de influencias tenga contacto con el funcionario que ha conocido, conoce o conocerá el caso judicial o administrativo.	• Posibilidad de apreciar un concurso real entre ambos delitos.
Cohecho activo		• Debe existir bilateralidad. Se exige que haya contacto entre particular (vendedor de influencia) que ofrece, da o promete dar dadiva o beneficio, y funcionario que ha conocido, conoce o conocerá el caso judicial o administrativo.	

Finalmente, también existe concurso real entre el delito de tráfico de influencias y de cohecho activo cuando es el interesado particular quien luego de gestionar las influencias a su favor, aprueba o participa del delito de cohecho que realiza la persona que le vendió sus influencias. A partir del caso, habrá que decidir si estamos ante un supuesto de participación delictiva o autoría en el delito de cohecho activo.

G. El delito de negociación incompatible

El bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible sería la rectitud e imparcialidad que se debe garantizar frente a los administrados y frente a los competidores ofertantes en los contratos en los que la Administración es parte.

La probidad e imparcialidad que se busca proteger es aquella con la que la Administración actúa al momento de realizar contratos, concursos públicos o cualquier otra operación económica, con la finalidad de poder elegir al competidor más adecuado de cara a los intereses públicos y al bien común que serán descargados sobre el ganador de la buena pro. Entonces, el tipo penal refleja la necesidad de proteger a la administración pública del interés privado de sus agentes –funcionarios o servidores públicos– especialmente relacionados o vinculados por razón de su cargo a los contratos u operaciones públicos (Rojas: 2007, 818). En otras palabras, lo que el tipo penal busca es evitar conflictos entre intereses privados y públicos. Pues en definitiva, quedan excluidos de la función pública quienes estén privadamente interesados en ella.

Elementos problemáticos

Un aspecto que podría ser problemático en la interpretación del delito de negociación incompatible es el referido al verbo rector del delito: interesarse. Este elemento descriptivo debe ser entendido en el sentido de que el funcionario o servidor público vuelca sobre el contrato u operación económica de que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la Administración, es decir, con el interés general.

El interesarse no necesariamente debe implicar siempre un peligro patrimonial para el Estado, en tanto que si el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que finalmente resultaron ser favorables económicamente a la administración pública, de todos modos, la conducta sería típica y punible porque igual se habría lesionado el bien jurídico protegido (Salinas: 2011, 555-556). De esta manera, la conducta típica es el solo “interesarse”. El tipo penal, entonces, no demanda un tipo particular de interés, es decir, no exige que el interés sea patrimonial, por ejemplo. Esta interpretación sería la más adecuada no solo

según la redacción del tipo penal, sino también de cara al bien jurídico protegido en este delito referido al mero conflicto entre intereses privados del funcionario e intereses públicos del Estado.

El hecho de que la conducta típica sea solo el "interesarse" indica que el delito de negociación incompatible es un delito de mera actividad, puesto que el tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo al Estado producto de la manifestación de dicho interés. En otras palabras, basta con que se manifieste el interés indebido –el conflicto entre los intereses privados y los públicos– para que el tipo penal se encuentre consumado.

De otro lado, el tipo penal del art. 399 CP utiliza la frase "por razón de su cargo", para referirse al medio del que se vale el funcionario para interesarse en determinada operación contractual. La redacción del tipo podría llevarnos a una exigencia causal para imputar responsabilidad penal, razonamiento del que no se extraen mayores beneficios. Es decir, "por razón de su cargo" no significa que podrán interesarse (en algunos contratos) únicamente los funcionarios cuyos cargos administrativos guarden especial y directa relación con la operación contractual involucrada. Y si esto es así es porque en términos jurídico-penales no importa tanto la calificación de Derecho administrativo, como sí la participación en la función pública y el abuso que se haga de su poder, para poder imputar responsabilidad penal a título de autor. Y lo mismo debe concluirse, por ejemplo, respecto del delito de enriquecimiento ilícito, donde el legislador usa una alocución similar "abusando de su cargo".

Problemas concursales

En el delito de colusión se exige que el conflicto de intereses se manifieste en el acuerdo bilateral, mientras que el delito de negociación incompatible no exige tal bilateralidad, sino que se desvalora el conflicto de intereses unilateralmente manifestado. Por las razones señaladas, el delito de negociación incompatible tiene un carácter subsidiario respecto de aquellos otros que sancionen la conducta de priorizar intereses privados por encima de intereses estatales, en un marco contextual de contrataciones públicas o cualquier otra operación económica en la que el Estado esté involucrado. Así, estaríamos frente a un concurso aparente entre ambos delitos, donde el tipo penal de negociación incompatible cede ante la colusión.

Delitos	Similitudes	Diferencias	¿Cómo se resuelve el concurso?
Negociación incompatible	• El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica en la que el Estado interviene como parte. • Los dos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos.	• La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado. • La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado).	• Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en la negociación incompatible es más genérica. Por ende, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva.
Colusión		• En la negociación incompatible, la conducta típica es el solo interesarse. • La negociación incompatible tiene un carácter unilateral.	

Bibliografía

- **ABANTO VÁSQUEZ**, Manuel. *"Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción de deber"*. Revista Penal, N° 14, 2004.
- **ABANTO VÁSQUEZ**, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano.* Lima: Palestra, 2003.
- **ABANTO VÁSQUEZ**, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.* Lima: Palestra, 2001.
- **AEDO, Cristian**. *«Reflexiones sobre la corrupción»*. En: AA.VV. *Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*. Aula de ética. Universidad de Deusto. Bilbao, 1996.
- **ARTAVIA ARAYA**, Fernando. *«Decisiones públicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción».* Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica. Nº 119, 2008 (I).
- **BORJA JIMÉNEZ**, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- **CORTINA,** Adela. *«La regeneración moral de la sociedad y de la vida pública»*. En: Corrupción y Ética. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.
- **COX LEIXELARD**, Juan Pablo. Delitos de posesión: *base para una dogmática.* Montevideo: B de F, 2012.
- **DE LA MATA BARRANCO**, Norberto. *¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?* En: EGUZKILORE, Número 23, San Sebastián. Diciembre de 2009. Consulta: 09 de mayo de 2014

  http://www.ivac.ehu.es/
- **DE LA MATA BARRANCO**, Norberto J. *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho.* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2° Época, N° 17, 2006.
- **DE LA MATA BARRANCO**, Norberto. *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen en ella.* Granada: Comares, 2004.

- **DEMETRIO CRESPO**, Eduardo. *«Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública»*. En: AA.VV. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa.* Vol. III. Salamanca: Aquilafuente ediciones, 2002.

- **DONNA**, Edgardo. *"El concepto de funcionario público en el Código penal peruano".* En: Revista de Ciencias Penales, N° 11-12, Año VII-VIII. Lima: Idemsa, 2000.

- **FERRAJOLI**, Luigi. *«El Estado Constitucional de Derecho Hoy: EL Modelo y su Divergencia de la Realidad»*. Perfecto Andrés Ibáñez (traducción). En: AA.VV. *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción.* Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996.

- **GÓMEZ MARTÍN**, Víctor. *"Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria"*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Granada: 2012, N° 14-01. pp. 01:1-01:29. Consulta: 09 de mayo de 2014

  http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf

- **GÓMEZ MARTIN**, Víctor. *Los delitos especiales.* Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006.

- **GRACIA MARTIN**, Luis. *"El sistema de penas en el Código penal español"*. En: Luis Gracia Martin (coordinador). *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

- **GUIMARAY MORI**, Erick. *"El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad"*. En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú.* Yvan Montoya (ed.). Lima: IDEHPUCP, 2012.

- **GUIMARAY MORI**, Erick. La tipificación penal del delito de colusión. En: Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP. Boletín mensual N° 7, 2011. Consulta: 09 de mayo de 2014.

  http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdfhttp://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/julio_2012_n01415.pdf

- **HEGEMANN**, Petra and Sergio A. Berumen. «*A neoschumpeterian review of the impact of corruption on competitiveness and foreign direct investment». Revistas Científicas Complutenses.* Papeles de Europa. Vol. 22, 2011.

- **HEREDERO SALAMANCA**, Eusebio. , Eusebio. *«La corrupción en la Administración Pública desde la perspectiva policial»*. En: *Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa*. Volumen III. Salamanca: Aquilafuente ediciones, 2002.

- **JAKOBS**, Günther. "*La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión".* En: *Estudios de Derecho Penal.* Madrid: Civitas, 1997.

- **JIMÉNEZ**, Juan Luis. *«Corrupción local en España»*. Cuadernos Económico de ICE. Nº 85, 2013, pp. 23-42. Consulta: 4 de septiembre de 2013. *«www.revistasice.com».*

- **LANDROVE DÍAZ**, Gerardo. *Las consecuencias Jurídicas del delito.* Madrid: Tecnos, 2005.

- **LODGE**, Martin and Christopher Hood. *«Symposium Introduction: Competency and Higher Civil Servants»*. En: Public Administration and International Quarterly. Vol. 81. Nº 4, 2005.

- **MAGADÁN DÍAZ**, Marta y Jesús Rivas García. *Corrupción y Fraude*. Economía de la Transgresión. Madrid: Dykinson, 1999.

- **MANNOZZI**, Grazia. «*Percezione della corrusione e dinamique político-criminali di contenimento e repressione de l fenómeno corrutivo»*. En: Revista Trimestrale di Diritto Penale Dell`Economia. Anno XXIV, Nº 3, setiembre 2011.

- **MAÑALICH**, Juan Pablo. "La malversación de los caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales". Revista de Política Criminal. Vol. 7, N° 14, diciembre de 2012. Consulta: 09 de mayo de 2014.

  http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n14/art04.pdf

- **MARTÍNEZ BUJÁN**, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- **MEINI**, Iván. *"Temas de autoría y participación en los delitos contra la administración pública"*. En: Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP. Consulta: 09 de mayo de 2014.

  http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/julio_2012_n01415.pdf
- **MEINI**, Iván. *"Delitos contra la administración pública".* En: *Delitos contra la Administración Pública.* Guatemala*:* USAID, 2008.
- **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edición. Barcelona: Reppertor, 2006.
- **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 7º edición Reimpresión. Barcelona: Reppertor, 2005.
- **MONTOYA VIVANCO**, Yván. *El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión.* En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú. Yvan Montoya Vivanco (editor). Lima: IDEHPUCP, 2012.
- **MONTOTA VIVANCO**, Yván. *Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384° del CÓDIGO Penal peruano*. En: Actualidad Jurídica N° 171, 2008.
- **MUSCO**, Enzo. *«I delitti di corruzione nel códice penale italino».* En: AA. VV. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa*. Vol. III. Salamanca: Aquilafuente ediciones, 2002.
- **NOVOA CURICH**, Yvana y Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ. *Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional. En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú.* Yvan Montoya Vivanco (editor). Lima: IDEHPUCP, 2012.
- **OLAIZOLA FUENTES**, Inés. *«Concepto de funcionario público a efectos penales».* En: AA.VV. *Delitos contra la Administración Pública*. Adela Asua Batarrita (editora) Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

- **PAREJO**, Luciano. *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Boletín Oficial del Estado, 1995.
- **PARIONA ARANA**, Raúl. *"La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?"* En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú. Yvan Montoya Vivanco (editor). Lima: IDEHPUCP, 2012.
- **PARIONA ARANA**, Raúl. *"Participación en delitos especiales*". En: El Derecho Penal contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. (Alonso R. Peña Cabrera Freyre, Efraín Montes Flores y Miguel Sánchez Mercado (coordinadores). Lima: Ara, 2006.
- **PASTOR MUÑOZ**, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática.* Barcelona: Atelier, 2005.
- **PECES BARBA**, Gregorio. *«La corrupción en las Instituciones y en la sociedad civil».* En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación Judicial de la pena y Acuerdos Plenarios.* Lima: IDEMSA, 2010.
- **REAÑO PESCHIERA**, José Leandro. *"La Responsabilidad Penal de los intervinientes en el tráfico de influencias. Especial referencia al interesado".* En: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2004.
- **ROBLES PLANAS**, Ricardo. *La participación en el Delito: Fundamento y límites.* Madrid: Marcial Pons, 2003.
- **RODRÍGUEZ PUERTA**, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- **ROJAS VARGAS**, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Grijley, 2007.
- **RUEDA MARTIN**, María Ángeles. *Delitos especiales de Dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal.* Granada: Comares, 2010.
- **SABÁN GODOY**, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Civitas, 1991.

- **SALINAS SICCHA**, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* Lima, Grijley, 2011.
- **SÁNCHEZ-VERA**, Javier. "*Delitos de infracción de deber*". En: Eduardo Montealegre Lynnet (coordinador). Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- **SCHUNEMANN**, 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, N° 75, vol. 25.
- **VELASCO**, Demetrio. *«Corrupción pública e inmoralidad privada». En: Corrupción y Ética.* Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.
- **VILLAVICENCIO TERREROS**, Felipe. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Grijley, 2006
- **VIRGOLINI**, Julio. Crímenes excelentes. *Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Colección Tesis Doctoral 2. Edmundo Hendler e Ignacio Tedesco (Directores). Buenos Aires: Editores del pueblo, 2004.
- **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Ediar, 2005.
- **ZAÑARTU**, Mario. *«El contexto humano de la corrupción».* En: AA.VV. *Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*. Bilbao: Aula de ética. Universidad de Deusto, 1996.
- **ZARZALEJOS**, Antonio José*. «Descripción del fenómeno de la corrupción».* En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.ción». En: Corrupción y Ética. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.

CAPÍTULO II

El proceso penal y los delitos de corrupción de funcionarios

La lucha contra la corrupción en el Ordenamiento Internacional

Profesora: Renata Bregaglio Lazarte

1. Introducción

En esta unidad conoceremos los instrumentos internacionales y las obligaciones internacionales contenidas en ellas, en materia de prevención y sanción de la corrupción. Analizaremos, además, el valor jurídico de estos instrumentos en relación al ordenamiento interno.

Podemos definir la corrupción como el mal uso del poder público con el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos. Pese a la simpleza de esta definición, las implicancias de abordar esta problemática desde el punto de vista jurídico plantea numeroso retos, dada la complejidad y diversidad de formas de comisión de este delito.

Las prácticas de corrupción van desde aquellas, casi imperceptibles, que se cometen en ámbitos privados de la vida cotidiana hasta grandes operaciones de repercusión internacional. Ello genera que el derecho penal de los Estados frecuentemente resulte insuficiente para la represión de estas conductas, lo cual hace necesario establecer consensos mínimos de actuación y acuerdos de cooperación. Por ello, la comunidad internacional decidió adoptar una serie de instrumentos destinados a prevenir, sancionar y erradicar la corrupción.

Es importante, para comprender esta unidad que cuando nos referimos a las obligaciones internacionales en materia de corrupción, podemos encontrar dos fuentes principales:

Tratados entre estados	**"Son acuerdos internacionales entre dos o más Estados destinados a producir efectos jurídicos en el Derecho internacional. Estos acuerdos resultan vinculantes para los Estados que se hacen parte de él. Aquí conoceremos la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (En adelante, "Convención de Naciones Unidas") y la convención Interamericana contra la corrupción (En adelante, "Convención Interamericana").**
Actos concertados no convencionales	**Son aquellos instrumentos que reflejan un acuerdo entre Estados (de ahí el nombre "acto concertado"), pero que por propio acuerdo de dichos Estados, no resultan vinculantes. Estos instrumentos también son conocidos como "instrumento de soft law". Ejemplos: Las llamadas Declaraciones, los Principios, o las Resoluciones de la Asamblea general de las Naciones Unidas, entre otros.**

2. Instrumentos de soft law en materia de corrupción

Los instrumentos de soft law en materia de corrupción se desarrollan desde 1990 y son los siguientes:

2.1 Declaración sobre la cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto de desarrollo (1990)

Si bien esta declaración no es un instrumento específico referido al delito de corrupción, se establece que la corrupción de los funcionarios públicos es un acto que puede anular la eficacia potencial de cualquier tipo de programas oficiales y el desarrollo mismo, a la vez que victimiza a un conjunto de individuos. Por ello, la Declaración dispone que los estados están obligados, entre otras cosas, a examinar el Derecho penal y verificar las formas de corrupción existentes en él y los actos

conexos, así como desarrollar mecanismos para la prevención, detección e investigación de estos delitos. Si bien este instrumento internacional no es propiamente un tratado y, como ya hemos señalado, no es instrumento específico en materia de corrupción, podemos afirmar que tuvo un rol importante como base para el desarrollo posterior del Derecho internacional en materia de corrupción.

2.2 Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno de las transacciones comerciales internacionales (1996)

Implica el primer acercamiento directo en materia de corrupción. Dentro de sus principales aportes se puede mencionar el establecer algunos elementos del soborno y el deber de tipificación de dichos actos de corrupción. Asimismo, señala el deber de elaborar o mantener normas y prácticas contables para aumentar la transparencia de las transacciones comerciales internacionales. Finalmente, establece la necesidad de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito en el caso de los funcionarios públicos.

2.3 Código internacional de conducta para los funcionarios o titulares de cargos públicos (1997)

Este instrumento internacional tampoco está referido específicamente a la corrupción, pero sí plantea determinadas conductas esperables por parte de los funcionarios públicos, como son la prohibición al funcionario o titular de cargo público de utilizar su autoridad para favorecer indebidamente intereses personales o económicos; el deber de los funcionarios de declarar sus ingresos; la prohibición de utilizar indebidamente dinero o bienes públicos; y la prohibición de solicitar algún tipo de regalo o servicio especial.

2.4 Declaración de Quito sobre desarrollo social y democracia frente a la incidencia de la corrupción (2004)

Esta declaración, adoptada en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) es importante porque plantea una suerte de identidad entre desarrollo social, democracia y lucha contra la corrupción. Así, la Declaración de Quito señala que no

será posible plantear un estado de derecho pleno si es que siguen existiendo prácticas de corrupción. A partir de ello, este instrumento internacional insta a los Estados participantes a combatir las prácticas de corrupción.

Como hemos visto, entre 1990 y 2004, se adoptaron una serie de instrumentos en la comunidad internacional orientados a prevenir actos de corrupción y regular la conducta de los funcionarios públicos. Ante esta realidad cabe preguntarse cuál es el valor jurídico de estos códigos de conductas y principios. Como hemos señalado, tratarse de declaraciones aprobadas en conferencias internacionales, no son técnicamente vinculantes para los Estados.

No obstante, los llamados instrumentos de *soft law* sí tienen algún valor en el ordenamiento internacional. En primer lugar pueden servir como criterios de interpretación. Por ejemplo, en el caso de la Declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales se definen los elementos del soborno; por lo tanto, antes de la Convención de Naciones Unidas sobre corrupción, esta Declaración fue el referente obligatorio para dotar de contenido a ese delito. Por otro lado, las declaraciones suelen ser una suerte de antesala a lo que va a venir más adelante: la adopción del tratado.

De esta manera, antes que se celebre un tratado generalmente, se habrá adoptado previamente una declaración. Esto no emana de una obligación, pero es una práctica frecuente en el Derecho Internacional, que de alguna manera permite medir el parecer o la voluntad política de los Estados en torno a la aprobación de un instrumento jurídico determinado. Un ejemplo de ello es el de la Convención de las Organización de las Naciones Unidas sobre la corrupción, que tuvo como antecedente la Declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales.

3. Instrumentos convencionales en materia de corrupción:

Ciertamente, los instrumentos convencionales superan los estándares establecidos en los instrumentos de soft law sobre corrupción que hemos mencionado. En primer lugar, los tratados generan obligaciones más puntuales y específicas. Asimismo generan verdaderas obligaciones internacionales y, además, tienen una tendencia mucho más protectora en relación con la víctima de la corrupción, a la vez que contienen un enfoque sancionador para evitar la impunidad de este tipo de delitos. Dentro de la finalidad de estas convenciones, se encuentra, en primer lugar, desarrollar mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y, en segundo lugar, fomentar la cooperación entre los Estados para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

La Convención de Naciones Unidas fue adoptada el 31 de diciembre de 2003. A la fecha, dicha convención cuenta con 171 Estados parte[1], entre los que se encuentra el Estado peruano, quien ratificó dicho instrumento el 16 de noviembre de 2004. Ciertamente, este tratado no es el primer instrumento internacional que busca regular los mecanismos de prevención, lucha y sanción de la corrupción. A nivel regional, en 1996, se había adoptado la Convención Interamericana. Dicha convención tiene 33 Estados parte: Perú es parte de ella desde el 4 de junio de 1997.

Es importante señalar que la Convención de Naciones Unidas, por ser adoptada casi diez años después que la Convención Interamericana, es una convención que tiene estándares mucho más desarrollados que la Convención Interamericana. Por lo tanto, la Convención de Naciones Unidas es un instrumento internacional mucho más completo y es prácticamente la referencia principal en materia de corrupción. Esto no quiere decir que la Convención Interamericana no sea importante, sino que la Convención de Naciones Unidas es mucho más completa y, por ello, la mayoría de las disposiciones que vamos se analizarán a continuación derivan de esta convención.

[1] Información al 14 de abril de 2014.

A. El concepto amplio de corrupción

Tanto la Convención de las Naciones Unidas como la Convención Interamericana contra la corrupción omiten establecer una definición de corrupción. Ello responde a la conveniencia de no tener un concepto cerrado, sino una suerte de lineamientos y pautas que puedan abarcar diferentes conductas. Plantear una definición cerrada podría generar que en algún momento algún acto que pueda ser considerado como corrupción, pudiera ser dejado de lado. No obstante, como adelantamos al inicio de la unidad, podríamos definir al fenómeno de la corrupción **como el mal uso del poder público con el propósito de obtener ventajas y beneficios indebidos.**

Esta no-definición de corrupción presente en ambas convenciones lleva también a postular una serie de criterios flexibles para calificar un determinado comportamiento como un acto de corrupción. Así, la Convención de las Naciones Unidas dispone que cuando el Estado sancione, tipifique y legisle en materia de corrupción, debe considerar aquellos actos que generen beneficio propio, como un eventual beneficio a terceros[2], ya sea directo o indirecto, económico o de otra naturaleza. Esta última idea está vinculada con lo normado en la convención al momento de señalar que para que un acto sea un acto de corrupción no se requiere que genere un perjuicio patrimonial[3].

Con ello la Convención de las Naciones Unidas quiere señalar que, si bien podrán existir actos de corrupción que generen perjuicio patrimonial y que solo podrán constituirse como tales si es que se genera ese perjuicio patrimonial, es perfectamente posible pensar que existan actos de corrupción que no lo generen, y que no deban dejarse de considerar como delitos de corrupción.

[2]Ejemplo de ello son los artículos 15, 16 y 17 de la Convención de Naciones Unidas.

[3]Artículo 3.2 de la Convención de Naciones Unidas. En el mismo sentido, el artículo XII de la Convención Interamericana dispone: “Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.”

B. La definición amplia de funcionario público

En la misma tendencia de plantear una definición amplia de corrupción, la Convención de Naciones Unidas plantea una definición amplia de funcionario público. De acuerdo con el artículo 2.a) se entenderá como funcionario público:

1	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
2	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
3	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[4].

Estas normas no establecen ámbito de aplicación, es decir, no es una definición que deba considerarse únicamente para el cumplimiento del deber de tipificación o adopción de medidas administrativas complementarias, sino que es un concepto que debe tenerse en cuenta por todos los agentes estatales que estén en posición de dar cumplimiento a la Convención de Naciones Unidas.

[4]Esta definición es más amplia incluso que la utilizada por la Convención contra la Delincuencia Organizada (apartado "a" del artículo 2). En el mismo sentido, la Convención Interamericana establece en su artículo 1 que se considera «funcionario público», «oficial gubernamental» o «servidor público» a 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.

C. Medidas preventivas

Tanto la Convención de Naciones Unidas como la Convención Interamericana señalan la necesidad de adoptar normas de conducta para los funcionarios públicos[5]. Estas medidas, sin duda, tienen su antecedente en el código de conducta de las Naciones Unidas mencionado. Además, crea mecanismos de supervisión para cumplir esas normas e instrucciones para comprender las responsabilidades y el alcance de estas. Asimismo, plantea la necesidad de extender estos estándares al sector privado[6].

La Convención de Naciones Unidas establece también en su artículo 16 el deber de constituir un órgano u órganos encargados de prevenir la corrupción.

Establece también medidas de transparencia que tienen relación con la declaración de gastos, rotación de funcionarios, transparencia en la contratación[7] y estándares acerca de los sueldos. De otro lado, señala la creación de medidas de protección para aquellos ciudadanos o funcionarios que denuncien los actos de corrupción[8].

D. El deber de tipificación

En relación a las **medidas sancionadoras**, podemos señalar que la Convención de Naciones Unidas establece tres posibilidades:

1. Medidas de tipificación **obligatorias**, es decir, el Estado tiene la obligación de tipificar dterminadas conductas como delitos de corrupción.
2. Medidas de tipificación que podriamos llamar **progresivas**, es decir, el Estado debe hacerlo pero se prevé la posibilidad que aún no lo haya hecho; y finalmente.
3. Medidas de tipificación **facultativas o potestativas**, esto es, señala que deberia ser recomendable que el Estado tipifique determinadas conductas, pero finalmente la decisión recae en el propio Estado.

[5] Artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas.
[6] Artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas.
[7] Artículo 7 de la Convención de Naciones Unidas.
[8] Artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas.

Así, para las medidas de tipificación obligatorias, las convenciones señalan que cada Estado adoptará las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar las conductas como delitos. No cabe duda entonces que los determinados supuestos que las convenciones establecen deben ser recogidos como delitos en la norma penal. En relación con la tipificación progresiva se señala que cada estado prohibirá y sancionará la conducta determinada, pero aquel estado que no haya penalizado dicha conducta deberá realizar los mejores esfuerzos para tipificarlo más adelante. Es posible por tanto afirmar que existe una obligación internacional de tipificar, pero esta de alguna manera se relaja y queda sujeta a la progresividad. En el caso de las medidas facultativas, se señala que el Estado "considerará la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para tipificar las determinadas conductas como delitos". Es decir, no hay una obligación directa, pero el Estado debe analizar si considera pertinente o necesario tipificar esas medidas.

Es importante señalar que de acuerdo con el artículo 26 de la Convención de Naciones Unidas, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a dicha Convención. Esta responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

Estos deberes, si bien están previstos en ambas convenciones, no lo están respecto de los mismos actos de corrupción.

Un ejemplo de ello es el acto de enriquecimiento ilícito, que en el caso de la Convención de Naciones Unidas se establece como medida de tipificación facultativa, y en la Convención Interamericana como medida progresiva.

En este caso, se deben interpretar ambas convenciones de manera conjunta, para que las obligaciones se subsuman y se garantice la mejor protección posible. En el ejemplo, por ser la tipificación progresiva más protectora que la facultativa, se esperaría que el Estado de cumplimiento a esta primera medida.

En el siguiente cuadro puede observarse la regulación sobre deberes de tipificación de ambas convenciones:

Deber de tipificación	Convención de Naciones Unidas	Convención Interamericana
Inmediato	• Soborno a funcionarios nacionales (art. 15) • Soborno a funcionarios internacionales (al que soborna) (art. 16) • Malversación o peculado, apropiación indebida de bienes (art. 17) • Blanqueo del producto del delito (art. 23) • Obstrucción de justicia (art. 25)	• Soborno a funcionarios (art. VI.1.a, b y c) • Aprovechamiento u ocultamiento de bienes producto de corrupción (art. VI.1.d)
Facultativo	• Soborno a funcionarios internacionales (sanción al funcionario que acepta o solicita el soborno) (art. 16.2) • Tráfico de influencias (art. 18) • Abuso de funciones (art. 19) • Enriquecimiento ilícito (art. 20) • Soborno en el sector privado (art. 21) • Malversación de bienes en el sector privado (art. 22) • Encubrimiento (art. 24)	• Aprovechamiento y desviación indebida de bienes a los que se accede por motivo de la función (art. XI.1.b, d) • Aprovechamiento indebido de información obtenida por la función (Art. XI.1.a)
Progresiva		• Soborno transnacional (art. VIII). • Enriquecimiento ilícito (art. IX).

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas señala la necesidad de implementar plazos amplios de prescripción para los delitos de corrupción[9]. Si bien la convención no habla de una imprescriptibilidad de los delitos de corrupción (solo señala de un plazo amplio), podríamos discutir hasta qué punto la imprescriptibilidad resulta política o jurídicamente conveniente. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas señala la necesidad de que este plazo sea más amplio, o se suspenda, si se detecta que la persona inculpada ha pretendido eludir a la justicia.

E. Garantías para la persecución de toda forma de corrupción

La Convención de Naciones Unidas establece una serie de disposiciones orientadas a lograr la máxima sanción y persecución de los delitos de corrupción.

Un primer aspecto de estas garantías la encontramos en el artículo 27, que dispone el deber de los Estados parte de tipificar los delitos de corrupción en cualquiera de sus formas de comisión (incluyendo la tentativa), así como en sus diversos grados de participación (a título de cómplice, colaborador o instigador).

Asimismo, la Convención de Naciones Unidas dispone en su artículo 44 que el mismo tratado es la base jurídica para proceder a solicitar la extradición de una persona por la comisión de un delito de corrupción.

F. Aspectos procesales propios del delito de corrupción

La Convención de Naciones Unidas también regula algunas figuras procesales. Así dispone en su artículo 30.2 que el juez debe tomar en consideración un cierto deber de proporcionalidad o equilibrio entre la protección que las inmunidades pueden generar. Además, el juez deberá considerar también la eficacia de la investigación. Con ello, la Convención de Naciones Unidas señala que no se debe alterar la eficacia de la investigación por respetar determinados privilegios o inmunidades. También estipula que la gravedad del delito es un criterio a tomar en cuenta al momento de conceder la libertad condicional o anticipada[10].

[9] Artículo 29 de Convención de Naciones Unidas.
[10] Artículo 30.5 de la Convención de Naciones Unidas.

Es preciso señalar que la Convención no obliga, y en realidad sería muy difícil que lo haga, con reglas procesales claras e inamovibles. Sin embargo, sí establece ciertos espacios donde deja a consideración de la autoridad que juzga de qué manera va a sancionar, y todo ello bajo ciertas pautas. En resumen, ¿se deben respetar las inmunidades? Sí, pero siempre y cuando no se desnaturalice la investigación misma. ¿Puede el juez otorgar libertad anticipada o condicional? Sí, pero debe tomar en cuenta que tan grave es el delito que ha cometido la persona a la cual se le va a otorgar esa libertad. Finalmente, la Convención establece que la gravedad del delito es un criterio a tomar en cuenta al momento de establecer procedimientos de inhabilitación[11]; y señala la necesidad, y eso sí lo hace en forma de mandato, de generar medidas de protección para los testigos y víctimas de los actos de corrupción[12].

4. La incorporación de las convenciones contra la corrupción al ordenamiento jurídico peruano y la relación entre corrupción y derechos humanos

Luego de todo el análisis hecho, corresponde preguntarse de qué manera la Convención de Naciones Unidas y la Convención Interamericana contra la corrupción vinculan al funcionario público y al ordenamiento peruano. Para responder esta interrogante debemos partir del hecho de que nuestro sistema de incorporación de normas internacionales es un sistema monista o de incorporación automática. Así, el artículo 55° de nuestra Constitución señala que los tratados celebrados por el estado peruano forman parte del ordenamiento nacional. Con ello, nuestra Constitución señala que la ratificación o adhesión del tratado es el único requisito para que éste forme parte del derecho interno.

[11] Artículo 30.7 de la Convención de Naciones Unidas.
[12] Artículo 32 de la Convención de Naciones Unidas.

En el mismo sentido, la Ley 26647, que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos. Si bien la Ley 26647 establece en su artículo 4 que el texto de los tratados debe publicarse en el diario oficial, esta publicación de ninguna manera condiciona la entrada en vigencia del tratado. Es decir, no se puede asumir que el tratado no ha entrado en vigor para el Perú porque no se ha publicado en el diario oficial[13]. Esta especificación nos permite señalar que el tratado es obligatorio desde el día de su ratificación o adhesión y entrada en vigor.

El verdadero problema trata sobre el rango con el que dicho instrumento ingresa al Derecho interno. Y es que, si bien la incorporación del tratado es automática, no es claro si esta norma ingresa con un rango legal o con un rango constitucional. A diferencia de su antecesora (que establecía el rango supralegal de los tratados en su artículo 101), la Constitución Política de 1993 no contiene ninguna norma referida a la adjudicación de rango a los tratados. Sobre esta ausencia de norma expresa, fueron dos las posibilidades que la doctrina planteó: el rango constitucional de los tratados y el rango legal de estos. La primera postura de la doctrina se encontraba fundamentada en dos argumentos.

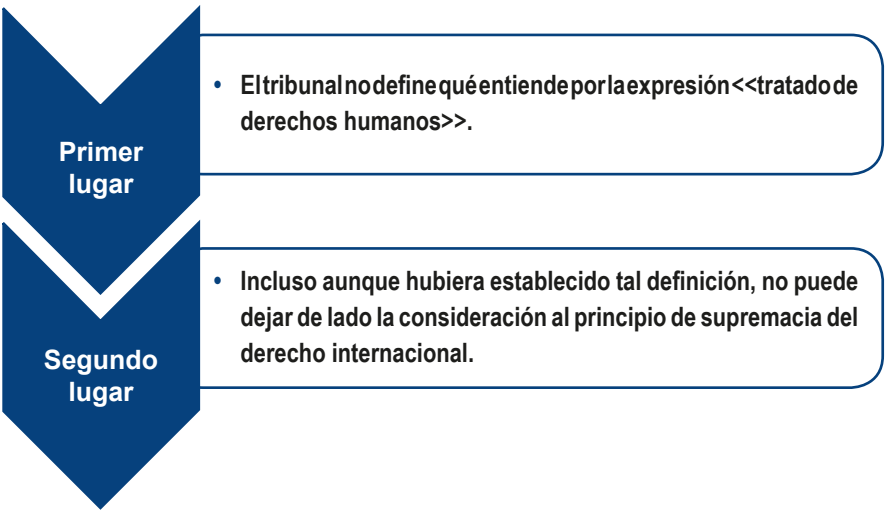
El primero, la existencia de un artículo 3 en la Constitución que permitía la incorporación al bloque de constitucionalidad de nuevos derechos contenidos en tratados; el segundo, el carácter hermenéutico en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. La segunda postura, que afirmaba el rango legal de los tratados, tenía su fundamento en el artículo 200.4 de la Constitución y se refería a la acción de inconstitucionalidad, que procede contra normas con rango de ley que contravengan la Norma Suprema. De acuerdo con dicho artículo, entre las normas con rango de ley que pueden impugnarse se encuentran los tratados.

Para poner fin a esta indeterminación, nuestro Tribunal Constitucional estableció en la sentencia del caso Nina- Quispe que los tratados de derechos humanos tienen

[13]Cf. STC 00021-2010-AI. Caso 30 Congresistas contra el Tratado de Libre Comercio Perú – China, párrafo 22.

rango constitucional de tercer grado. Así pues, si bien cuentan con valor constitucional, se encuentran por debajo de la Constitución y las leyes de reforma constitucional[14]. De acuerdo con la argumentación del Tribunal, el resto de tratados tendrá rango legal.

Esa calificación, arbitraria y artificial, genera algunos problemas internos.



En relación con el primer aspecto, es posible tomar como marco referencial lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 2[15], en el sentido que los tratados de derechos humanos son aquellos orientados «más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano».

[14] Cf. STC 0047-2004-AI, fundamento 61.

[15] http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf

En este sentido, los tratados de derechos humanos serán aquellos que se refieran a la protección de los derechos humanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, o de cuál sea su objeto principal[16].

En este sentido, podríamos afirmar, por ejemplo, que la Convención de Naciones Unidas sobre la corrupción contiene disposiciones que protegen derecho humanos por dos motivos. En primer lugar porque la corrupción es un problema de derechos humanos en la medida que el acto de corrupción lesiona el derecho a la igualdad de las personas, toda vez que se está frente a un supuesto en donde una persona obtiene un beneficio indebido en relación con el otro universo de personas que no lo están obteniendo, generándose lógicamente una desigualdad.

Sin embargo, dicho derecho humano no es el único lesionado con la corrupción. Piénsese en actos de corrupción cometidos en la esfera de la educación. En este caso no solo se afecta la igualdad de las personas, sino que también se afecta el acceso mismo a dicho servicio público. De esta manera, los actos de corrupción implican una obstrucción o traba para el acceso a servicios como la educación, salud, vivienda y justicia por parte de las víctimas de esa corrupción.

En este sentido, se puede afirmar que un tratado con disposiciones para combatir la corrupción es un tratado que contiene disposiciones relativas a derechos humanos; lo que nos lleva a la conclusión de que clasificación que hace el Tribunal Constitucional presenta ciertas imperfecciones.

[16]Cf. Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, parágrafo 24.

Este razonamiento evidencia el hecho de que un tratado sobre corrupción, en el marco de la calificación del propio Tribunal Constitucional, debe ingresar al derecho interno con rango constitucional.

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la Convención de Naciones Unidas contiene disposiciones que protegen los derechos humanos. La corrupción, qué duda cabe, lesiona el derecho a la igualdad de las personas, toda vez que estamos frente a un supuesto en donde una persona obtiene un beneficio indebido en relación con el otro universo de personas que no lo logra. Ello genera lógicamente una desigualdad. Sin embargo, dicho derecho humano no sería el único lesionado con la corrupción. Actos cometidos, por ejemplo, en la esfera de la educación o la salud, afectarán no solo la igualdad de las personas, sino también el acceso mismo a dicho servicio público.

Por otro lado, es importante señalar que, desde un punto de vista de Derecho Internacional, la clasificación realizada por el Tribunal Constitucional (la cual conlleva al reconocimiento de los tratados de corrupción como normas de rango constitucional) es totalmente irrelevante. De acuerdo con el derecho internacional, existe lo que se conoce como el principio de primacía del derecho internacional. De acuerdo con dicho principio:

> [...] la resolución de cualquier controversia internacional tendrá como criterio que ninguna disposición de Derecho interno justifica el incumplimiento de una norma internacional y que esta debe ser adecuadamente implementada por los Estados a fin de proceder a su cumplimiento[17].

[17]SALMÓN, Elizabeth. El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 56.

Esta afirmación se basa en el hecho de que el tratado es una obligación que se celebra y se genera con otros Estados, y, por lo tanto, el rango que el Tribunal Constitucional o que el propio Derecho constitucional interno quiera darle a ese tratado no genera implicancias jurídica en el plan del Derecho Internacional. En este sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,[18] que recoge una norma consuetudinaria,[19] señala que bajo ninguna interpretación es posible incumplir una norma internacional alegando que una disposición de Derecho interno establezca lo contrario, ya sea que esta disposición de derecho interno tenga rango de ley o incluso tenga rango constitucional.

Artículo 27 de la Convención de Viena

El derecho interno y la observancia de los tratados: *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.6*

Es cierto que nosotros tenemos un procedimiento de ratificación que evita, o que al menos trata de salvar, las inconsistencias entre la Constitución y el tratado. Así, el artículo 47° de nuestra Constitución señala que cuando el tratado a ratificar afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento de reforma constitucional. Sin embargo, aún bajo el supuesto que se diera la incompatibilidad antes mencionada, el operador de justicia siempre debe preferir la norma internacional por sobre la norma nacional (salvo que esta última resulte más favorable o protectora), no pudiendo discutir la obligatoriedad de esta norma sobre la base de disposiciones de derecho interno. Por tanto, la Convención de Naciones Unidas

[18] Ratificado por el Perú el 14 de septiembre de 2000.

[19] Cf. Corte Permanente de Justicia Internacional. Asunto de las Comunidades Greco-Búlgaras. Serie B, No. 17, p. 32.

contra la corrupción y las obligaciones que están establecidas en ella son absolutamente vinculantes tanto para quienes deben legislar como para quienes deben aplicar los principios que esta convención establece.

Finalmente, luego de haber examinado el sistema de incorporación de tratados y el rango de estos en el Derecho interno, es momento de analizar el deber de implementación que tienen los Estados respecto de estas normas internacionales; es decir, la obligación de dar cumplimiento efectivo a lo establecido en los tratados.

Al respecto, es preciso distinguir entre normas de Derecho Internacional autoaplicativas (*self executing*) y normas no autoaplicativas o programáticas (*non self executing*). A diferencia de las reglas de incorporación y rango, la naturaleza autoaplicativa o programática de una norma sí proviene del derecho internacional y responde a la voluntad de los Estados que redactaron el tratado.

» **Normas autoejecutivas:** implica que estas normas son completas, es decir, no necesitan de otras normas para sean aplicadas internamente, sino que pueden ser directamente invocadas por los destinatarios de dichas normas. Estas podrán entonces ser aplicadas por el agente estatal directamente, sin necesidad de un desarrollo normativo posterior. De acuerdo con la doctrina, para que una norma pueda considerarse autoaplicativa debe presentar las siguientes características:

  - Que la norma otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigible ante un juez.
  - Que la norma sea lo suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de tener que recurrir a alguna norma legislativa o judicial adicional[20].

» **Normas no autoaplicativas o de naturaleza programática:** son aquellas normas que sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocidos por el derecho internacional se ejecuten en el derecho nacional o doméstico[21].

[20] JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. «La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno». Boletim da Sociedade Brasileira de Dereito Interancional, n.os 69-71, 1987- 1989, p. 35.

[21] Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 305.

La progresividad de una norma no cuestiona su validez en el derecho interno, sino su aplicabilidad inmediata, puesto que la norma no cuenta con todos los elementos necesarios para operativizarla en el derecho interno.

Ahora bien, dada la naturaleza misma de la obligación, la implementación de la norma (su cumplimiento efectivo por parte del Estado) podrá estar a cargo diferentes órganos estatales. La posibilidad de reclamación judicial permitirá cuestionar justamente a aquel funcionario que, debiendo satisfacer la norma autoaplicativa, no lo hizo. En otras palabras, atendiendo de nuevo a la naturaleza de la norma, es plenamente posible encontrar normas de naturaleza autoaplicativa que deben ser satisfechas por el juez. No existe desde el Derecho Internacional una técnica que determine la implementación de las normas internacionales, sino que esta queda al libre arbitrio de los Estado y, por supuesto, de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones prescritas en las normas.

Ello es posible porque algunas normas de la Convención de Naciones Unidas y la Convención Interamericana permiten, por su redacción, naturaleza y sistemática, derivar obligaciones autoaplicativas cuyo responsable principal de aplicación será el operador judicial. Esta afirmación queda más clara a partir de la lectura de la Convención de Naciones Unidas que en su artículo 3 establece como ámbito de aplicación de dicho instrumento la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción. Ello implica que las disposiciones podrán resultar aplicables durante el pro cesamiento mismo de una persona inculpada por la comisión de un delito de corrupción.

En razón de ello, el operador judicial se encontrará en algunos casos en posición de dar cumplimiento a normas convencionales. La omisión a este cumplimiento, sin duda alguna, generará responsabilidad internacional al Estado. A continuación, presentamos algunos ejemplos de normas autoaplicativas de las convenciones que deberían ser directamente aplicadas por los jueces en el marco de procesos por delito de corrupción:

1. Definición amplia de funcionario (artículo 2.a) de la Convención de Naciones Unidas):

Como ya hemos señalado, esta definición debe tenerse en cuenta por todos los agentes estatales que estén en posición de dar cumplimiento a la Convención de Naciones Unidas. Este razonamiento ha sido recogido en nuestro país por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006 en relación con la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. Al respecto la Sala manifestó:

> [...] que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a «cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos», indicando que se entiende como función pública «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una personal natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos»; además, es de tenerse en cuenta que según su Ley Orgánica el CGBVP detenta como recursos propios —entre otros— el monto económico que otorga el Estado a través del Presupuesto General de la República, siendo que justamente el delito imputado guarda relación con el indebido manejo y gasto de los fondos públicos que directa o indirectamente efectuaron los acusados en el desarrollo de cargos en la estructura orgánica del CGBVP, es decir la imputación no está vinculada a la ejecución de su labor institucional orientada a la prevención, detección y control de incendios, desastres y calamidades públicas sino al ejercicio de funciones administrativas dentro de la institución que pueden acarrear variadas consecuencias como es la responsabilidad de índole penal.
>
> Si bien el razonamiento tiene como fundamento la Convención Interamericana, resultaría el mismo argumento si se aplicasen los preceptos de la Convención de Naciones Unidas.

2. La valoración de la gravedad del delito para determinar libertad condicionada (artículo 305 de la Convención de Naciones Unidas)[22]:

la regulación legal de la libertad anticipada o condicional es una facultad del Poder Legislativo y corresponde a una norma no autoaplicativa. Pero lo que el artículo 30.5 ordena no es la regulación de dichas figuras, sino el criterio del juez para su otorgamiento en el caso de delitos de corrupción. En este sentido, previendo los artículos 57 y 58 del Código Penal peruano la libertad condicional, el juez puede aplicar automáticamente la norma del artículo 30.5 de la Convención de Naciones Unidas durante el proceso de evaluación sobre la conveniencia o no de aplicar dichos artículos.

3. La inferencia del conocimiento, intención o propósito de la conducta delictiva (artículo 28 de la Convención de Naciones Unidas)[23]:

En virtud de esta norma, al momento de valorar la conducta del imputado, el juez deberá considerar también las circunstancias fácticas objetivas. Nuevamente, la norma toma como presupuesto el cumplimiento de la obligación programática de tipificar el delito.

4. La prescindencia del perjuicio patrimonial para configurar el delito de corrupción (artículo 3.2 de la Convención de Naciones Unidas y artículo XII de la Convención Interamericana)[24]:

Esta disposición genera dudas respecto a su naturaleza. Por un lado, podría pensarse que es una obligación de cumplimiento programático que se hará efectiva en la adopción de medidas legislativas que tipifiquen delitos de corrupción sin

[22]Dicha norma dispone “Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos”.

[23]Dicha norma dispone “El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.”

[24]El artículo 3.2 de la Convención de Naciones Unidas dispone “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.” Por su parte, el artículo XII de la Convención Interamericana dispone: “Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.”

considerar la necesidad de que ocurra daño patrimonial. Lo contrario implicaría vulnerar el principio de legalidad penal. Por otro lado, podría asumirse como una norma autoaplicativa que establece una obligación de interpretación por el operador judicial en el sentido de no sancionar únicamente las conductas que hayan generado ese daño patrimonial al Estado. No obstante, pareciera que la norma internacional tiene una doble naturaleza. Por un lado, como resultado de una primera lectura, obliga al legislador a considerar la necesidad de prever en la tipificación de delitos de corrupción conductas que vayan más allá del daño patrimonial. Por otro lado, genera en el operador judicial la obligación autoaplicativa de comprender la configuración de un delito de corrupción al margen de que exista o no ese daño patrimonial al Estado.

Esto último, sin duda, genera problemas al momento de enfrentar este criterio interpretativo con la literalidad de la norma. Recientemente, el Tribunal Constitucional consideró que la tipificación del delito de colusión incorporada por la Ley 29703 resultaba contraria a la Convención de Naciones Unidas (y a la Constitución Política), en lo referido a la necesidad de una defraudación de carácter patrimonial para su configuración (mientras que las convenciones hablan de «perjuicio patrimonial»). En dicha decisión el Tribunal señaló:

Como se sabe, una misma disposición legal puede, por lo general ser interpretada válidamente de diversas maneras, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado legal y la segunda, el sentido interpretativo [...]

En este orden de ideas, en cuanto al término «defraudar», este ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, la falta a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. [...] Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término «defraudación» en otros ámbitos como el de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial [...]

> Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término «patrimonialmente» puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [...][25].

Al margen de que se pueda estar o no de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional, lo cierto es que su razonamiento permite desprender que, en tanto este no se pronuncie de manera definitiva en torno a la interpretación que debe darse a una disposición, es posible que los operadores de justicia realicen dicha interpretación. Dado que, como el propio Tribunal reconoce, caben interpretaciones del término «defraudación» que vayan más allá del daño o perjuicio patrimonial, cabría la posibilidad de que el juez penal interpretara la expresión «defraudación patrimonial» en un sentido más amplio que el de «perjuicio patrimonial», de manera que un delito (como el delito de colusión en el presente caso) se configurará exista o no ese daño o perjuicio patrimonial al Estado.

[25]STC 017-2011-AI, fundamentos 25, 28 y 29.

Bibliografía

- **BREGAGLIO**, RENATA. *La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal.* En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. IDEHPUCP, 2012, pp. 165-184. Consulta: 09 de mayo de 2014

  http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/02/Libro-Anticorrupción-IMPRENTA-ok-2013.pdf

- **CANÇADOTRINDADE**, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

- **JIMÉNEZ DE ARECHAGA**, Eduardo. *«La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno».* Boletim da Sociedade Brasileira de Dereito Interancional, nos 69-71, 1987- 1989.

- **OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO**. *Guía técnica de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*, 2010. Consulta: 09 de mayo de 2014.

  http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Technical-Guide/10-53541_Ebook_s.pdf

- **SALMÓN**, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados.* Lima: Palestra Editores, 2007.

La investigación en los delitos de corrupción de funcionarios

Profesor: Gonzalo Del Río Labarthe

1. Introducción

Son muchas las razones que propiciaron un cambio de modelo procesal en nuestro país a partir de la promulgación del Código Procesal Penal de 2004 (CPP 2004). Sin embargo, probablemente la razón más importante de la reforma fue el intento de volver a un espacio procesal en el que las funciones de investigación y juzgamiento queden claramente diferenciadas.

Por esta razón, la decisión de otorgar la conducción de la investigación previa al juicio al Ministerio Público, se erige en una de las reformas vitales para la formación del nuevo modelo. Reforma, que no solo tiene como función principal reforzar el principio acusatorio y la imparcialidad judicial en el proceso penal; además, al asignar la investigación preparatoria al Ministerio Público, se cumple con lo dispuesto por la propia Constitución Política del Perú, que en su artículo 159 dispone que sea este el órgano encargado de conducir la investigación del delito.

En cualquier caso, es evidente que este cambio sustancial en el modelo procesal penal responde a otros objetivos, como son la celeridad en la investigación, la no duplicidad de actos de investigación, la correcta delimitación entre actos de investigación y actos de prueba, que reforzarán la verdadera naturaleza de la investigación previa al juicio, etc.

Este texto pretende brindar algunas reflexiones en torno a la nueva regulación de las Diligencias Preliminares y la Investigación Preparatoria, con el propósito de conocer los principales aspectos de la reforma e, indirectamente, su aplicación en el sistema anticorrupción.

2. Diligencias Preliminares

2.1 Rol de las Diligencias Preliminares

En el CPP 2004, el inicio de una investigación penal es motivada por la existencia de una denuncia (326 CPP), por la comunicación de la existencia de un delito por parte de la Policía o por una actuación de oficio del Ministerio Público (329 CPP), situación que pueden dar inicio a las Diligencias Preliminares, que es una etapa de carácter contingente.

Las Diligencias cumplen, de ser el caso, la función –inmediata- de realizar actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión e individualizar a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados. Se trata de una etapa que por su naturaleza contingente, es anterior a la Investigación Preparatoria, y cumple la función de establecer, con la mayor claridad posible, en qué supuestos se debe continuar y formalizar la investigación preparatoria.

En tal virtud, probablemente este es uno de los aspectos más débiles en la comprensión del rol y naturaleza de las Diligencias Preliminares en el nuevo proceso penal. ¿Por qué es esta, como se ha dicho, una etapa de carácter contingente? ¿Cuándo es necesario realizar Diligencias Preliminares, con carácter previo, a la formalización de la Investigación Preparatoria?

En muchos casos, se da inicio a las Diligencias Preliminares, de forma automática, sin que exista una razón relevante para ello. Al punto que en determinadas situaciones es posible advertir que, incluso, se utilizan estas diligencias para "burlar" el plazo de duración que suele ser más estricto en el ámbito de la Investigación Preparatoria.

En consecuencia, no cabe duda que descifrar la correcta naturaleza de las Diligencias Preliminares pasa por una correcta interpretación del art. 330 CPP.

Esta norma sostiene que las Diligencias Preliminares tienen una finalidad inmediata.

Describe la realización de actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad. Además, asegura los elementos materiales e individualiza a las personas involucradas (imputados y agraviados).

Esto quiere decir que una característica fundamental de las Diligencias Preliminares lo determina el peligro en la demora. La especial naturaleza de los eventos delictivos en muchos casos obliga al órgano encargado de la persecución a actuar en forma inmediata. A diferencia de otros órdenes jurisdiccionales, en el proceso penal, los elementos de prueba, que sirven para identificar el objeto procesal son de naturaleza efímera. Ello, supone actuar de forma inmediata para asegurar (vocablo que usa el art. 330 CPP) los elementos materiales, lo que no es otra cosa que la evidencia fundamental para la posterior comprobación de la imputación penal (fuentes de prueba).

La situación está ligada a otro elemento incorporado por el art. 330, que es fundamental en la definición del rol que cumplen las Diligencias Preliminares: un correcto entendimiento de lo que significa individualizar al imputado.

Un error frecuente en materia de interpretación procesal, radica en el hecho de confundir la identificación del imputado con lo que en estricto debe entenderse como una debida individualización. De ahí que un aspecto fundamental a tener en cuenta en este ámbito, es establecer que la individualización está estrechamente ligada a los elementos de prueba (conocidos vulgarmente como indicios, que en ningún caso supone asumir la noción de prueba indiciaria) de carácter primigenio. Con la finalidad de establecer el concepto de sospecha suficiente; entendida también como imputación necesaria.

Es decir, la persona imputada no solo debe estar claramente identificada (nombre, apellidos, edad, sexo, etc.) para dar paso a la formalización de la investigación preparatoria, sino también sobre ella debe pesar una sospecha suficiente. Sobre todo términos que se exige al inicio de una investigación (lo que no significa, naturalmente, una situación de certeza o alta probabilidad de condena).

Así, las Diligencias Preliminares se erigen en una etapa fundamental en el ámbito de la manifestación del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que el órgano persecutor debe dar inicio a investigaciones razonables. Se debe evitar que cualquier denuncia, claramente infundada, dé inicio a una investigación que por su propia existencia, involucra la limitación de derechos fundamentales.

Uno de los problemas más graves que enfrenta el sistema procesal penal en el ámbito de la celeridad procesal, es una absurda proliferación de denuncias penales (noticias criminales) que generan un entrampamiento en la administración de justicia. Es evidente que el rechazo preliminar de denuncias penales manifiestamente infundadas, constituye el futuro de una administración de justicia eficiente, avocada a las causas de relevancia social. El sistema procesal peruano debe alejarse de una justicia estrictamente formalista, que somete a un imputado a una investigación penal a partir de la satisfacción del capricho de sus persecutores.

En consecuencia, se debe tener en cuenta que en muchos casos, la comisión de un evento delictivo puede tener suficientes elementos de convicción para establecer, al inicio, la probabilidad razonable de que un delito ha sido cometido.

En estos casos – sucede en la mayoría de supuestos de flagrancia- no se debe optar – necesariamente- por el trámite de las diligencias preliminares. Salvo que sea indispensable a efectos de asegurar elementos materiales del delito frente a la existencia de un peligro en la demora.

El camino es la formalización inmediata de la investigación preparatoria. De ahí el carácter contingente de las diligencias preliminares.

Sin embargo, en muchos casos es imposible establecer siquiera quien es el presunto autor. Esta es una situación típica en los delitos de corrupción, sobre todo en el ámbito de los delitos de cohecho. En tal virtud, es necesaria una actuación inmediata y previa para individualizar -no solo identificar- al presunto responsable, puesto que nuestro sistema procesal no permite el inicio de la investigación preparatoria contra aquellos que resulten responsables.

Las Diligencias Preliminares son, entonces, un paso previo que tiene la principal función de individualizar al imputado (identificarlo, se insiste, es un paso propio de la individualización, pero no es suficiente).

2.2 Formalización, archivo y casos complejos

La clave para entender la disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria es el artículo 334 del CPP 2004. El Fiscal, al momento de calificar la denuncia (o luego de haber realizado las diligencias preliminares) debe determinar si, en principio, el hecho denunciado no constituye delito, es justiciable penalmente o se

presentan causas de extinción previstas en la ley. En todos estos casos se establece la posibilidad de que el Fiscal declare que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, y disponga el archivo de lo actuado.

Es importante esta mención porque establece, en línea de principio, que el rechazo liminar de las denuncias presentadas ante el Ministerio Público, es una opción válida en nuestro ordenamiento jurídico. Claro está, siempre que la disposición, esté debidamente fundamentada.

Nótese que la norma establece la posibilidad de archivar la denuncia al momento de la calificación; e incluso, sin necesidad de que se haya dado apertura a las Diligencias Preliminares. Evidentemente, la norma sitúa esta posibilidad, necesariamente, en supuestos donde la denuncia es atípica, casos claros de prescripción de la acción penal (por ejemplo, cuando no sea necesario determinar, en una investigación, el momento de la comisión del delito); supuestos de cosa decidida, avocamiento indebido; etc. Pero la opción existe.

Existe una equivocada tendencia a considerar que el "inicio" de una investigación penal es un "derecho" del denunciante. Y que toda denuncia, debe dar trámite a una investigación, sin importar que se esté frente a una denuncia "descabellada". Así, se da inicio a investigaciones penales en torno a hechos atípicos, prescritos, que ya han sido resueltos; sobre la base del cumplimiento de un supuesto deber, que en realidad se erige en un formalismo.

El único deber que impone el sistema jurídico es la absoluta abolición de conductas arbitrarias. El archivo in limine, si es claramente fundamentado, cumple con lo dispuesto por el art. 334 CPP. Por el contrario, el acto arbitrario se consolida cuando se inicia una investigación en torno a un hecho atípico, prescrito o que no justiciable penalmente.

Estas decisiones, en realidad, configuran una lesión de la presunción de inocencia del imputado. Los ciudadanos, solo pueden ser sometidos a una investigación (preparatoria o preliminar) cuando exista una sospecha razonable de la comisión de un delito. Como ha establecido el Tribunal Constitucional, en tanto autoridad, el Ministerio Público también responde a la estructura del Estado de Derecho y se exige que sus acciones se correspondan con el principio de proporcionalidad y la proscripción de la arbitrariedad. Por lo que sus decisiones –aun cuando no sean jurisdiccionales- exigen un deber de motivación y racionalidad. Someter a una persona, a una investigación, por la sola existencia de una denuncia, de un "papel escrito", es una decisión que dista mucho de pertenecer a un auténtico estado de derecho.

3. La Investigación Preparatoria

La Disposición de formalización de la investigación preparatoria debe contener el nombre completo del imputado, los hechos y la tipificación, el nombre del agraviado y las diligencias que deben actuarse (336.1 CPP). Esto se corresponde con la imputación formal, que remplaza a la formalización de la denuncia y al auto apertorio de instrucción del Código de Procedimientos Penales de 1940. El propósito es que el imputado conozca la imputación mediante una disposición motivada que también debe ser comunicada al Juez de la Investigación Preparatoria.

Con esta Disposición el Fiscal perderá –a diferencia de lo que sucede con las Diligencias Preliminares- la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

La Investigación Preparatoria

- **Es una etapa que cumple la función de reunir la información que permita establecer si existe causa probable de responsabilidad penal que permita emitir acusación o, en su caso, solicitar el archivamiento de la causa.**

3.1 Función

El CPP 2004 de esta forma se aparta del sistema procesal anterior (CPP 1940) que establecía que era objeto de la instrucción reunir la prueba de realización del delito. Opción que se desnaturalizaba a partir de la lectura de actas propias de la investigación. En el nuevo proceso, por regla general, la resolución sobre el fondo solo se apoya en las pruebas actuadas en el juicio.

Por esta razón, el art. 325 establece que las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir resoluciones propias de la investigación y la Etapa Intermedia. Para efectos de la sentencia, solo tienen carácter de actos de prueba, la prueba anticipada y la prueba preconstituida. El nuevo sistema procesal recupera la noción de que el juicio, es la etapa central del proceso penal.

Así, la Investigación Preparatoria cumple con el propósito de reunir los elementos de convicción que permitan al Fiscal determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias y móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipes y de la víctima, y la existencia del daño causado.

El nuevo modelo procesal establece un deber fundamental del Fiscal, que viene dado por la obligación de reunir el elemento de cargo y descargo (arts. IV.2 TP, 61 y 321 CPP 2004). Esta disposición corrige una vieja costumbre que consideraba que la investigación solo cumple con la recogida de elementos necesarios para determinar si se debe sostener la acusación fiscal, con olvido de que esta actividad también debe estar dirigida a determinar todo lo que excluye, matiza o condiciona, proporcionando elementos para la defensa.

3.2 Los distintos roles y sus actores

3.2.1 El Ministerio Público

El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde el inicio y está obligado a actuar con objetividad (IV TP CPP 2004).

Sin embargo, en el nuevo modelo procesal, el Fiscal debe garantizar la igualdad de partes durante la investigación. Como se ha dicho, el imputado no participa como objeto de investigación, sino como sujeto de derechos. El art. 338 exige que el Ministerio Público permita la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias. Además, el art. 337.4 establece que el imputado –y los demás sujetos procesales- pueden solicitar al Fiscal todas las diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos.

Si bien el CPP 2004 mantiene la figura de una investigación reservada, no lo es para las partes procesales, quienes pueden enterarse de su contenido de manera directa o a través de sus abogados. El secreto de las actuaciones (art. 324 CPP 2004) solo puede darse en situaciones excepcionales de peligro para la investigación. El Fiscal debe motivar la disposición que ordene el secreto –de una actuación o documento específico- por lo que se supera la noción de secreto genérico.

En el ámbito de la investigación de delitos altamente complejos (factor determinante en la investigación de los delitos de corrupción) es importante tener en cuenta una serie de reformas que ofrece el NCPP.

El nuevo sistema procesal no “encorseta” al Fiscal en su labor de investigador. El art. 337.1 le permite realizar diligencias de investigación que sean pertinentes y útiles. El artículo 337.2, siguiendo una línea coherente con el propósito de flexibilizar el sistema, prohíbe la repetición de las Diligencias Preliminares.

Es por esta razón que, sobre todo en las investigaciones de carácter complejo, es sumamente útil el art. 65.4 CPP para entender la nueva dimensión de la investigación penal. Esta norma establece que el Fiscal debe decidir la estrategia de investigación adecuada al caso. Se debe programar y coordinar el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la investigación.

En esta línea de principio, es fundamental comprender que la organización exige la desburocratización de la Fiscalía, sobre todo en el sistema de asignación de casos, de manera que pueda reunir equipos para la persecución, en relación a su complejidad. También debe existir cierta posibilidad de elección de casos –en relación prioritaria- de manera que se destine más y mejores recursos a los más importantes y más graves, y que esa posibilidad de selección vaya acompañada de alternativas de solución.

3.2.2 Rol de la policía en la investigación preparatoria

En el ámbito de la relación con la Policía, el Código indica que el Ministerio Público es el encargado de conducir y controlar jurídicamente los actos de investigación que aquella realice (IV TP CPP 2004). En el mismo sentido se expresa el art. 60 cuando menciona que la Policía está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

El Ministerio Público debe comprender que la entidad que realiza las actividades de investigación, por regla general, es la Policía, por razones de experiencia profesional, cobertura territorial y medios disponibles. Y el Ministerio Público debe ser capaz de mostrar a la Policía que, sin una coordinación de su trabajo, los resultados de las investigaciones sirven de poco o nada[1].

[1]DUCE. Maurice. Reforma procesal penal y reconfiguración del Ministerio Público en América Latina. Informe de Investigación nº 6, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2000.

De esta manera, se redefine la figura de la Policía en la investigación penal porque está obligada a actuar como órgano de apoyo del Ministerio Público. Esto no supone que le esté vedado realizar actos de investigación por decisión propia, tampoco implica que el nuevo sistema

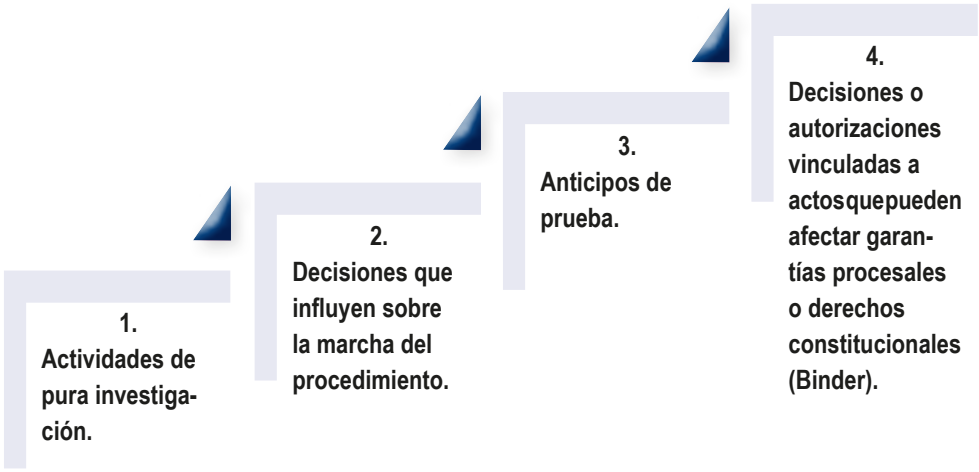
procesal penal desconozca la función esencial que cumple este organismo en el desarrollo de la investigación penal, sobre todo en una serie de aspectos técnicos para los que necesariamente se requiere su concurso.

Regula una serie de aspectos que son vitales para comprender que es lo que debe entenderse como control jurídico de la actuación de la Policía. Sin duda, las manifestaciones más importantes de este control son: la obligación de comunicar inmediatamente al Fiscal el conocimiento de un hecho delictivo (art. 67.1) y la regulación específica del Informe Policial. El CPP determina que la Policía debe elevar un informe, en todos los casos que intervenga, el cual debe contener los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados; pero debe, necesariamente, abstenerse de calificar jurídicamente los hechos y de imputar responsabilidades (art. 332 CPP).

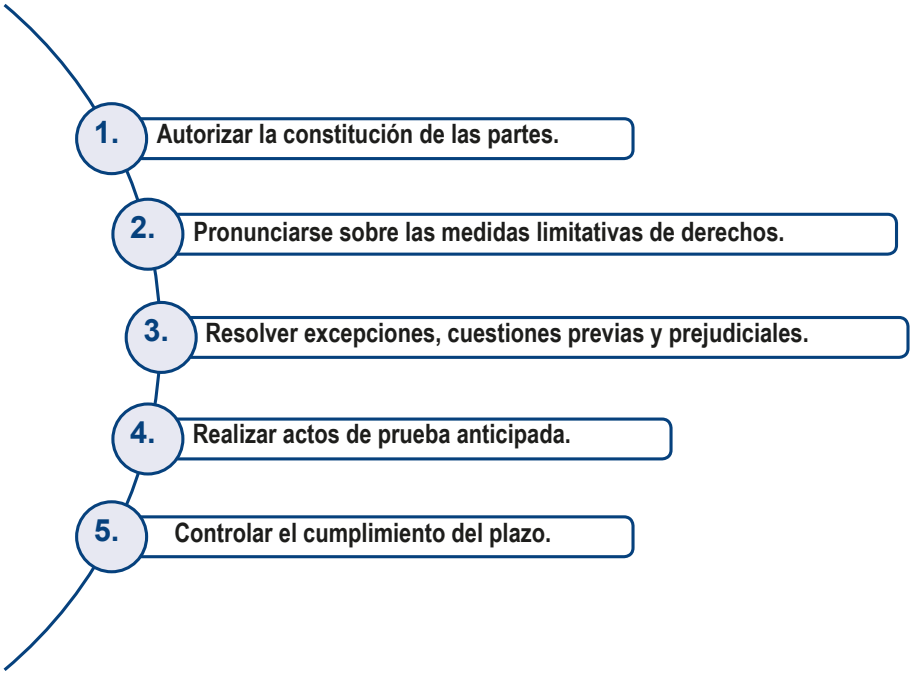
Así, se coloca a la Policía en su real dimensión y obliga al Ministerio Público a realizar un debido control de sus actos. Es el Fiscal el que ejerce el monopolio sobre la valoración jurídica de los hechos. Se evita, así la dañina influencia que durante muchos años ejerció el Atestado Policial, que, al calificar el hecho delictivo, se convirtió –en forma indebida- en una pieza central del proceso, incluso, en relación al resultado final.

3.2.3 El Rol del Juez de la Investigación Preparatoria

Durante la Investigación Preparatoria, existen cuatro tipos de actividades:



En dicha línea, el art. 323 establece que al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde:



En consecuencia, el Juez cumple funciones relativas a la marcha del procedimiento, a los anticipos de prueba y a las medidas limitativas de derechos fundamentales. Nótese que en todos los casos su función está estrechamente vinculada a la protección de derechos fundamentales.

En el caso del anticipo de prueba y las medidas limitativas, la situación especial de los derechos fundamentales es obvia. En el caso de la marcha del procedimiento, evidentemente existe una estrechísima relación con el derecho de defensa y la presunción de inocencia. De ahí que nos encontremos frente a una autoridad jurisdiccional que es un auténtico Juez de Garantías.

El Juez de la Investigación Preparatoria cumple una función de control, no persigue definir o determinar la labor de la Fiscalía, sino, cautelar que dicho rol se ejerza respetando los derechos fundamentales de las personas (principalmente, imputado y víctima). Esa es su labor de contrapeso en la investigación regulada por el nuevo sistema procesal.

Bibliografía

- **DEL RÍO LABARTHE**, Gonzalo. *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio.* Lima: ARA, 2010, pp. 27-52.

Teoría de la prueba en los delitos de corrupción de funcionarios

Gonzalo Del Río Labarthe y Julio Rodríguez Vásquez

1. Introducción

El proceso judicial dentro de un Estado Constitucional de Derecho está dirigido a lograr una decisión justa y legítima a partir de un conflicto de intereses sobre determinados hechos[1]. En el caso del proceso penal, se determinarán los hechos que permitirán al juez arribar a una decisión justa y legítima sobre la punibilidad o inocencia del imputado[2].

Para determinar los hechos sobre los que gira el proceso penal, los sujetos procesales realizan una actividad procesal dirigida a convencer al juez de la veracidad de sus enunciados. A esta actividad procesal se le conoce como prueba[3].

La prueba, como actividad de los sujetos procesales, no presenta los mismos estándares de dificultad y complejidad en todos los casos. Existen realidades criminales que son difíciles de demostrar. Particularmente, existen normas penales cuyos supuestos de hecho tienen determinadas características que los hacen difíciles de

[1] TARUFFO, Michel. La Prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 23.

[2] ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal.. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 2.

[3] GARCÍA CAVERO, Percy. La prueba por indicios. En el Proceso Penal. Lima: Editorial Reforma, 2010, p. 22.

probar. Dentro de este grupo de normas se encuentran los tipos penales que prohíben actos de corrupción.

Los actos de corrupción son cometidos, normalmente, por sujetos que forman parte de una estructura de poder que les permite invisibilizar con facilidad sus prácticas. Más aún, los actos de corrupción suelen desarrollarse en ámbitos de intimidad y privacidad, siempre lejos de la luz pública. Así, el corrupto y el corruptor se protegen y evitan dejar huellas de sus delitos. Finalmente, la corrupción dentro de la Administración Pública muchas veces se ejecuta a través de actos administrativos y/o económicos complejos que dificultan la probanza de la corrupción.

Teniendo en cuenta estas características, el presente trabajo pretende analizar los principales temas relacionados a la teoría y la práctica de la prueba de los actos de corrupción en el marco del nuevo proceso penal. Para ello desarrollaremos los siguientes puntos: principios probatorios del derecho procesal penal; conceptos fundamentales de teoría de la prueba; y prueba indiciaria.

1. Principios Probatorios del Proceso Penal

El art. 356.1 del Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP) establece, con corrección, que el juicio oral es la etapa principal del proceso. En esta línea, Asensio Mellado señala que el juicio oral es el núcleo del proceso penal; y que frente a los actos de investigación, que pueden ser calificados como policiales o administrativos, implica un auténtico proceso[4]. Esto se confirma con lo señalado en el art. 356° del CPP.

La importancia del juicio oral yace en que en dicho contexto se practicará la prueba que fundamenta la resolución del conflicto penal que dio lugar al proceso[5]. En esta línea, el artículo 393° del CPP señala que el juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes de aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.

Ahora bien, el CPP menciona expresamente que –además de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de

[4]ASENSICO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 266.
[5]Ibídem.

Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú- rigen especialmente [los principios de] la *oralidad, publicidad, inmediación y contradicción* en la actuación probatoria.

Estamos ante una de las normas más importantes del Código y de la propia reforma procesal penal. Nos indica que solo cabe entender por actuación probatoria, la realizada en el juicio. Y, solo en uno dotado de estas garantías estructurales básicas, que deben ir acompañadas de las garantías de continuación del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

Los brocardos audiatur et altera pars y nemo inauditus damnari potest [nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio] hacen referencia al principio de **contradicción**, que constituye la fuerza motriz del proceso, su garantía suprema, al punto que sin él no estaríamos ante un verdadero proceso.

Exige que los temas o cuestiones a resolverse judicialmente hayan de ser sometidos a debate entre los acusadores, acusados y demás sujetos del proceso. Por lo menos, se les debe haber brindado la ocasión de discutirlos. Es por esta razón que, como sucede con el derecho de defensa, es predicable de todos los sujetos del proceso, su exigencia no se reduce al acusado.

Desde el punto de vista de la Constitución, el principio de contradicción configura un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, en el sentido que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el tribunal[6].

Por un lado, en el ámbito penal se exige que el inculpado esté presente y pueda intervenir en la actividad probatoria. Por otro, constituye un criterio formal en virtud del cual la actividad procesal debe estructurarse como una pugna entre sujetos procesales en posiciones opuestas y ante un juzgador que asume una posición expectante[7].

---

[6] MONTERO AROCA, Juan. Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Navarra: Thomson Civitas, 2008, pp. 373 – 374.

[7] VEGAS TORRES, Jaime. Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal. Madrid: La Ley, 1993, p. 78.

La **oralidad** impone la exigencia de que el fundamento de una sentencia solo puede provenir de un debate público e inmediato. Es decir, el nivel donde la oralidad funciona como garantía, por excelencia, es la etapa del Juicio Oral. Antes que un principio, debe ser entendida como instrumento o garantía dedicada a preservar la inmediación la publicidad; y sobre todo, la contradicción (defensa) en el proceso penal. Se erige en el mejor medio posible para garantizar los principios estructurales básicos del proceso penal: el órgano jurisdiccional penal debe tomar una decisión, siempre, luego de un debate oral, por la sencilla razón de que esa es la mejor manera que tiene el ser humano de minimizar sus errores.

La **inmediación** se ubica en la relación que existe entre el juez y el objeto procesal. La actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del juez [o jueces] encargado de pronunciar sentencia. La sentencia puede forjarse a partir del material probatorio formado bajo su directa intervención en el juicio oral[8].

Nuestra jurisprudencia ha señalado que el principio de inmediación tiene dos planos[9]. Desde una perspectiva subjetiva, debe garantizarse que el juzgador se relacione de la manera más directa posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es ineludible su presencia continua en la práctica de los medios de prueba. Desde el punto de vista objetivo, garantiza que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más refrendada por las pruebas[10].

La **publicidad** asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Se opone al secreto de las actuaciones judiciales, porque persigue un grado de transparencia que permite el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa [publicidad interna]; y, por quienes, simplemente como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que el desarrollo del trámite de aplicación del Derecho penal no sea arbitrario y discurra por cauces legales [publicidad externa][11].

---

[8] SAN MARTIN, Cesar. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Lima: Grijley, 2003, p. 134.

[9] Ejecutoria Suprema emitida 3 de marzo de 2011. Casación N° 54-2010.

[10] MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ. Derecho Procesal Penal, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 376.

[11] Andrés Ibáñez, Perfecto. Justicia penal, derechos y garantías. Lima: Palestra, 2007, p. 260.

La sociedad debe tener la capacidad de fiscalizar la actividad judicial. Es la única fórmula capaz de evitar la arbitrariedad y de generar la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, situación que puede lograrse si la justicia es próxima y conocida[12].

En dicha línea, el art. 356.1 NCPP y las garantías descritas deben ser analizados en forma sistemática, con lo dispuesto también por el art. 393.1 del propio código ritual, cuando establece que el Juez Penal [unipersonal o colegiado] *no podrá utilizar* para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.

Siguiendo a Talavera Elguera, ello no significa que únicamente pueda ser objeto de valoración la prueba practicada en el juicio esto es, los llamados actos de prueba-, sino también la prueba anticipada y la prueba preconstituída, a las cuales el art. 325 NCPP también otorga la calidad de actos de prueba. Es por esta razón, insiste el autor, que el legislador ha empleado la frase "*pruebas incorporadas al juicio", en lugar de "pruebas practicadas en el juicio*"[13].

Por lo tanto, en realidad la excepción está referida a las garantías estructurales antes descritas. Aun cuando el legislador establezca el procedimiento de lectura de actas como un instrumento válido para casos excepcionales, es tarea de los operadores de justicia la justificación en torno a establecer cuándo es razonable, proporcional y necesaria la excepción de alguna de las garantías básicas de la actuación probatoria en el Juicio Oral. Este es el escenario fundamental para la discusión de la naturaleza jurídica de la prueba anticipada y la prueba preconstituida en el proceso penal.

[12]Asencio Mellado, José María. Introducción al Derecho procesal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 209.

[13]TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Lima: AMAG, 2009, p.65.

2. Conceptos de Teoría de la Prueba

2.1 Objeto de prueba, elemento de prueba, fuente de prueba y medio de prueba.

Como dijimos antes, la prueba es la actividad procesal llevada a cabo por los sujetos procesales que está orientada a convencer al juez de la veracidad de los hechos afirmados. Ahora bien, ¿qué se entiende por objeto de prueba, elemento de prueba, fuente de prueba y medio de prueba? Explicaremos la diferencia entre estos conceptos de la Teoría de la Prueba a través de un ejemplo.

> Ticio es un funcionario público de la Municipalidad de Roma. Ticio tiene cámaras de video en su oficina. Ticio recibe la visita de Cayo, un empresario interesado en conseguir un permiso municipal para construir un centro comercial en Roma. Cayo le ofrece a Ticio $ 50 000 por el permiso. Ticio acepta. Luego, la cinta de video cae en manos del jefe de Ticio, quien denuncia en hecho ante el Ministerio Público"

El art.156° del CPP señala que son **objeto de prueba** los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivado del delito. En palabras de San Martin Castro, es aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba[14]. La compra y venta de la función pública es, en este caso, el objeto de prueba.

El **elemento de prueba** es todo dato objetivo que se incorpora al proceso y que es capaz de producir un conocimiento cierto o probable sobre la imputación[15]. En el presente caso, la conversación entre Ticio y Cayo contenida en la video grabación es el elemento de prueba.

[14]SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Grijley: Lima: 2003, p.806.
[15]Ídem, p.810.

La **fuente de prueba** es una realidad que es extraña y ajena al proceso, cuya existencia es independiente de la existencia o no de un proceso y que carece de repercusiones jurídicas procesales en tanto no se abra uno[16]. De ahí que fuente u órgano- de prueba es la persona o cosa que proporciona el elemento de prueba[17] y que existe con independencia de una actividad procesal. En el presente caso, la fuente de prueba es la videograbación.

Por otro lado, el **medio de prueba** es un concepto absoluta y estrictamente procesal que existe en el ámbito de un proceso y que constituye el vehículo, según venga diseñado por cada ley procesal, de la fuente de prueba[18]. Es el acto procesal por el cual se introduce en el proceso un elemento de prueba (la declaración de testigo, el dictamen pericial, etc.). En el presente caso, estamos ante una prueba documental regulada en CPP a través de los artículos 184°-188°.

2.2 Actos de prueba y actos de investigación

La distinción realizada en el acápite anterior carece de sentido si no acudimos a otra fundamental: la distinción entre actos de prueba y actos de *investigación* o, en su caso, a una diferencia vital, como es la diferencia entre los fenómenos de *averiguación y comprobación*, estrechamente vinculados al proceso penal.

Se verifica lo que antes se averiguó, pero la actividad de verificación no es probatoria, sino previa a esa etapa[19]. Es probablemente ésta la distinción más importante para "derribar" el mito de una identificación absoluta entre juez e historiador. El historiador realiza una actividad de averiguación, de investigación o de indagación,

[16]GUZMÁN FLUJA, Vicente. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.51.

[17]GUZMÁN, Nicolasei., La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica,. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 8 – 9. Quien además define el elemento de prueba como el rastro o señal contenido en un medio de prueba realizado, que puede ser utilizado por el juez en el procedimiento inferencial que practica al momento de decidir el caso.

[18]Ídem, p. 52.

[19]SENTÍS MELENDO, Santiago. "Qué es la prueba (Naturaleza de la prueba)". Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1973, núm. 2 – 3. pp. 283 - 284

al objeto de adquirir una serie de conocimientos que le permitan realizar una afirmación, para después, comprobar él mismo su exactitud. Sin embargo, el juez no investiga, no indaga; verifica, compara la exactitud de las afirmaciones que realizan las partes procesales. Mientras que en el caso del historiador es la misma persona quien investiga y comprueba (verifica) los resultados de su investigación, en el proceso por lo menos en uno de corte acusatorio- dichas actividades deben realizarse por personas distintas[20].

Por esta razón resulta fundamental entender la verdadera dimensión de la confusión entre actos de investigación y actos de prueba en el historial jurisprudencial y legal de nuestro país, sobre todo si se tiene en cuenta la "presencia" del Juez Instructor en la aplicación de CPP 1940.

Mucho más, si se tiene en cuenta la distorsión de la figura de un Juez que, además de instructor, se comportaba como juzgador [en el caso de los procesos sumarios], lo que constituía un duro golpe para el entendimiento de una actividad de verificación esencial, y que puede ser la consecuencia de una debate previo y contradictorio con participación de, cuando menos, dos partes que se enfrentan en condición de igualdad en el desarrollo de una controversia oral.

Es por esta razón que el art. 393 involucra una modificación sustancial en la definición de nuestro sistema jurídico, en orden a establecer cuál es el método que debe utilizar el proceso penal en el desarrollo de la actuación probatoria. Es una norma que desarrolla la necesaria diferencia entre actos de investigación y actos de prueba[21].

Los primeros se enmarcan en el seno de la Investigación Preparatoria y cumplen la misma finalidad que se asigna a ésta: la preparación del Juicio Oral[22]. Los actos de prueba se realizan en el Juicio Oral y su finalidad es lograr la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones de hecho formuladas y servir de fundamento a la sentencia[23].

[20]MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: J.M. Bosch.

[21]TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. Cit., p. 79.

[22] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 100.

[23]ORTELLS RAMOS, Manuel y Otros. Derecho Jurisdiccional. Vol. III. Barcelona: JM Bosch Editor, 1991, p. 173.

En este sentido, el art. 349.1.f) es el auténtico vehículo para hacer realidad la transición de actos de investigación hacia actos de prueba. Las fuentes de información (fuentes de investigación) obtenidas en la investigación deben trasladarse al Juicio Oral (medios de prueba), de lo contrario, no ostentarán ninguna virtualidad práctica para confirmar la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes.

Nuestra tradición jurídica exige que, a nivel de la reforma procesal penal de 2004, se conciba a la prueba anticipada y la prueba preconstituída como excepciones al *principio de la práctica de la prueba en el juicio oral*. Se debe evitar, por todos los medios, que por la vía de la lectura de diligencias de la investigación preparatoria, toda la investigación acceda al juicio oral como material probatorio. No es ninguna exageración el establecer que la forma en que regulemos e interpretemos estas excepciones, constituye uno de los pilares, sino es acaso el más importante, de la consagración de un proceso acusatorio.

Las excepciones deben tener un fundamento o justificación que pueda calificarse de razonable y no arbitrario, en tanto no se puede invocar el principio de libre valoración de la prueba para justificar la concesión de valor probatorio a las actas de la investigación preparatoria. La libre valoración de la prueba no faculta al juez para elegir libremente entre las diligencias de la investigación y las pruebas. El órgano jurisdiccional encargado del juicio es libre de valorar la prueba, no es libre para conceder carácter de prueba a actuaciones o diligencias que no lo son[24].

3. Prueba anticipada y prueba preconstituida

En la anticipación probatoria la parte actúa para precaver o prevenir un resultado perjudicial para sus intereses: no poder practicar una prueba en el juicio oral. Desde el momento en que esta situación aparece como actual puede evitarla anticipándose y evitando ese resultado lesivo a sus intereses, de manera que procede a solicitar la

[24]MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 318.

práctica anticipada de la prueba[25]. La no disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral resulta siempre "previsible" en el momento en que se solicita la práctica anticipada de la prueba y es por esa razón que su actuación se materializa en un momento anterior al juicio, o en un momento anterior al que prevé el juicio para la actuación probatoria. Pueden clasificarse las pruebas irrepetibles como aquéllas expuestas a posibles contaminaciones, expuestas a deterioro, las no reproducibles y las incompatibles con la concentración del debate[26].

La doctrina procesal se divide en torno al momento en que la prueba anticipada puede celebrarse. Un sector entiende que puede suceder antes de la apertura de la fase del Juicio Oral, esto es, es posible actuarla en la fase de investigación y en la fase intermedia[27]. Otro sector entiende que es imposible hablar de prueba anticipada fuera del Juicio Oral, al considerar que puede anticiparse la prueba en relación a las sesiones del Juicio Oral y una vez abierto éste[28].

Para Guzmán Fluja esta última posición resulta más adecuada, no desde un punto de vista terminológico, también desde un punto de vista de la concepción jurídica de las garantías procesales. Señala que la prueba anticipada debe gozar de una formación acorde con la existencia completa de todos los principios que dotan a una prueba de la aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia, lo que significa que debe tener pleno carácter dialéctico. Por lo tanto, esta postura permite diferenciar la prueba anticipada de la preconstituida y deja sólo para ésta el enfrentamiento y solución de los problemas que se vinculan a la presencia o ausencia de garantías procesales en su formación.

En dicha línea, sostiene el autor que la prueba anticipada sólo supone la derogación de un principio estructural del juicio oral que es la concentración. Ello supone la

[25]GUZMÁN FLUJA, Vicente. Ob. Cit., p. 224.

[26]ASENCIO MELLADO, José María. Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida. Lima: INPECCP, 2008, p. 276.

[27]ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. Cit., p. 323; ASENCIO MELLADO, José María. Loc. Cit.; DÍAZ CABIALE, José Antonio. La admisión y la práctica de la prueba en el proceso penal, Cuadernos de CGPJ, Nº 20, Madrid, 1992, pp. 42 – 43.

[28]GÓMEZ OBRANEJA, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA. Derecho Procesal Penal. 10 Ed. Madrid: 1984, p. 238; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p.318 – 320; GUZMÁN FLUJA, Vicente. Ob. Cit., p. 257 - 258.

exigencia de realizar un análisis de conjunto del caso concreto, y establecer que la necesidad de adquirir información relevante para el esclarecimiento del hecho, prevalece sobre la unidad o máxima proximidad posible, en la percepción del juez de los elementos sobre la base de los cuales tendrá que formular el juicio de hecho[29].

Sin embargo, si analizamos esta discusión desde la lectura del CPP, sin duda este se inclina por una anticipación de la prueba que puede darse tanto en la fase de investigación, como en la etapa intermedia; esto es, la prueba anticipada puede ser celebrada, incluso, con anterioridad al inicio del Juicio Oral.

El art. 242 CPP establece que durante la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada. En la misma línea, el art. 350.1.c) CPP permite que los sujetos procesales - soliciten la actuación de prueba anticipada en la fase intermedia de conformidad con a los arts. 242 y 243 CPP.

Incluso, el art. 352.7 indica que la actuación de prueba anticipada durante la Etapa Intermedia, se realizará en acto aparte (245 CPP), sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento. Dictado éste, es incluso posible que la dirija un Juez; cuando el competente para conocer el juicio oral es un Juzgado Penal Colegiado.

Esto significa que el CPPestablece la posibilidad de anticipar prueba en la fase de investigación y en la etapa intermedia; pero lo más importante es que, incluso, permite que se practique prueba anticipada en la propia fase del juicio, esto es, una vez dictado el auto de enjuiciamiento[30]. Aquí lo que ocurre es que en efecto, existe una anticipación de la actuación probatoria referida a las sesiones del Juicio Oral o, en realidad, al orden de las sesiones en las que se desarrolla la fase de juzgamiento.

Aun cuando la inmediación no sea siempre plena [la puede dirigir un Juez cuando se trata de un Juzgado Penal Colegiado], en líneas generales, en este caso en realidad, solo existirá un problema vinculado a la concentración del Juicio, fundamentalmente, un problema vinculado al orden de la actividad probatoria, y aquí muchas

[29]GUZMÁN FLUJA, Vicente. Ob. Cit., pp. 259 - 260.

[30]Si bien el NCPP regula el auto de enjuiciamiento y el auto de citación a juicio en la Etapa Intermedia [Sección II] es evidente que estamos frente dos actos procesales que configuran el inicio del Juicio Oral; no forman parte de la fase intermedia. Esta concluye con la formulación/perfección de la acusación.

veces resultará razonable la necesidad de priorizar la adquisición de información relevante para el esclarecimiento del hecho.

La prueba preconstituida es aquella prueba que existe antes de la apertura del proceso judicial, y que está a disposición de juez en cualquier momento. Es sobre todo la prueba documental, que hace constar en actas hechos que podrán ser agregados a la causa una vez iniciada. Por ejemplo, las pruebas de alcoholemia realizadas en un accidente de tránsito, elementos que constituyan el cuerpo del delito, recogidos en el lugar del hecho o como producto de la investigación, tales como armas, rastros, objetos usados en el hecho, la comprobación de lesiones, etcétera, que servirán para demostrar su ocurrencia o el modo y/o circunstancias en que se realizó.

Por lo tanto, a diferencia de la prueba anticipada, la prueba preconstituida es por esencia, aquella que es *irreproducible*. No existe, en sentido estricto, una situación específica que obliga a los operadores de justicia a actuar la prueba con anterioridad al juicio en virtud de una situación que pone en peligro su actuación (muerte, amenaza, olvido); sino, que estamos frente a un elemento probatorio que es de imposible reproducción en el juicio oral. Es lo que se conoce como prueba irrepetible o irreproducible. Es su naturaleza lo que impide su actuación en el juicio oral.

De ahí que la utilización de actas, videos o el transporte de evidencia material al juicio, constituyen medios en virtud de los cuales los signos de información que esta prueba presentan se trasladan al juicio. Pero en la realidad, su actuación y existencia es anterior al proceso. No en virtud de una decisión judicial que “acelera” la práctica de la prueba; sino, en virtud de la propia naturaleza del acto de prueba, que deviene en irreproducible.

En el caso de los delitos de corrupción de funcionarios, una situación típica es la del agente encubierto. Cuando se realiza una diligencia en la que se descubre a un funcionario público recibiendo dinero, se está ante un acto de prueba que, en sentido estricto, es irreproducible. Esto supone que lo que se va a leer (debatir y discutir) en juicio es un soporte (material: acta; informático: video) que contiene información relevante para el proceso. Sin embargo, lo cierto es que la prueba ya fue actuada en el momento y lugar oportuno, su reproducción (a diferencia, por ejemplo, de los testimonios) es imposible.

Este es un dato sumamente importante para entender la naturaleza de las pericias, sobre todo en el ámbito de los delitos de corrupción. Suele existir un debate absurdo vinculado a la determinación de cuál es la verdadera fuente de prueba en el ámbito de la prueba pericial. Y la discusión se debate, sin el menor rigor científico, entre establecer si la fuente de prueba (pericial) viene determinada por el documento que contiene las conclusiones, el Informe Pericial, la realización del examen o en su caso, el debate.

Esta discusión carece de sentido por el simple dato que se asigna a todas las pruebas periciales la misma naturaleza, cuando esto no es así. Si un Fiscal convoca a un perito psiquiátrico para que opine en un juicio oral en relación a la situación de imputabilidad o inimputabilidad de los esquizofrénicos estamos en sentido estricto ante un acto de prueba que es reproducible en audiencia. Lo que interesa, es la opinión profesional de ese perito que puede ser ingresada, debatida y discutida en audiencia. La información clasificada que brinda ese perito en atención a sus cualidades personales y profesionales, es algo que puede ser reproducido en la propia audiencia; y no por ello, deja de ser una prueba pericial.

Sin embargo, si ese mismo perito psiquiatra tiene que evaluar al imputado y definir, como un dato fundamental para el proceso, que tiene la condición de esquizofrénico, la naturaleza del acto de prueba varía. Lo que se discute, es la condición de una persona que obviamente, no puede ser evaluada en el juicio oral. No se necesita una opinión calificada, de carácter general que sí es reproducible. Se necesita, una evaluación psiquiátrica de varias sesiones en un lugar y circunstancias especiales. Evidentemente, la prueba pericial en este caso es una que se construye en el tiempo, y que se plasma en un soporte (puede ser papel, puede ser informático) en el que las conclusiones –a las que se arriba antes del juicio- son fundamentales e irreproducibles; entendiendo la irrepetibilidad como el momento en el que se arriba a la conclusión científica; momento, en el que se actúa la prueba y que ocurre antes del juicio.

¿Esto significa que el examen del perito no es necesario? En ningún caso, lo que hay que entender es que se está ante una prueba estructurada o compleja, cuya formación se da en situaciones sucesivas. El examen, es el ejercicio final de confirmación y puesta en discusión de conclusiones a las que se ha podido arribar de forma ligera, sin seguir los procedimientos establecidos.

El examen se convierte en una herramienta de garantía que estructura finalmente la prueba. Pero hay un dato fundamental, es el examen un ejercicio de confirmación de una prueba que, evidentemente, se actuó fuera del proceso y es irreproducible. Arribar a la conclusión de que una persona es esquizofrénica, es algo que no puede suceder en el juicio oral. Algo muy similar ocurre en los casos de ADN. El Informe, el documento, es la prueba por excelencia, son sus conclusiones las que se someten a debate.

Es muy importante entender esta noción en el ámbito de los delitos de corrupción, sobre todo, en una prueba usualmente utilizada para los delitos que protegen el patrimonio estatal: la pericia contable. Insistir en que lo determinante en este acto de prueba es la declaración del contador en el juicio, y no su trabajo previo, constituye un despropósito. No solo porque se le exige al contador expresarse de la misma forma en que lo puede ser un abogado habituado a participar en un proceso penal (lo que es imposible), sino porque además se le exige recordar, en un audiencia, con un nivel de detalle absolutamente inadmisible; los cientos o miles de documentos, cifras y datos que tuvo que revisar para la evaluación contable. Lo que constituye un despropósito, un absurdo.

Es por eso que hay que tener especial cuidado en evitar el contacto de los jueces con informes periciales determinantes para la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Es esta una costumbre que se lleva a un extremo innecesario, incluso ridículo, y que no aporta nada a la administración de justicia. En todos los sistemas penales del mundo, incluso los de corte adversarial, el juez tiene y debe tener contacto con documentos, sobre todo en procesos de especial complejidad. Es absurdo sostener que eso, involucra afectar la imparcialidad, la contradicción o la inmediación en el proceso penal. Es una crítica que carece de sentido.

Los procesos acusatorios ni siquiera los adversariales, aun cuando nuestro proceso no tiene esta característica- se construyen a partir de la priorización de la oralidad como instrumento fundamental para el ejercicio del debate. Pero esto no significa establecer una “hiperinflación” oral que destruya por completo, en determinados casos, una verdadera búsqueda de la verdad. Existe una distancia entre reducir la escrituralidad a su mínima expresión; y, reducirla por completo. Ningún sistema que pretenda ser justo, niega la especial importancia y trascendencia que tiene la

lectura de determinada prueba documental en el proceso penal. Y, por supuesto, esta prueba, una vez leída, debe ser debatida, discutida, criticada. Pero su lectura esencial debe ser un dato elemental, para su cabal entendimiento, en muchos casos. Esperar que el examen de un perito contable, pueda sustituir al informe contable realizado en meses o años, es algo que solo puede responder a una directiva formal, absurda, carente de sentido. Priorizar la forma al contenido, es siempre un problema para la verdadera justicia.

4. La Prueba por Indicios

4.1 Concepto y Estructura

Los delitos de corrupción se caracterizan por ser cometidos en contextos clandestinos, privados y ocultos a la luz pública. Esta característica de los delitos de corrupción es muy relevante al momento de analizar la actividad probatoria necesaria para demostrar los hechos que sustentan la responsabilidad penal de los funcionarios públicos y las demás personas envueltas en actos de corrupción. Por este motivo, la prueba por indicios se vuelve un mecanismo importante y necesario en los procesos penales seguidos por presuntos actos de corruptos.

Ahora bien ¿qué es la prueba indiciaria? De acuerdo a Asensio Mellado[31] y a Miranda Estrampes[32] la prueba por indicios es un método probatorio. Dicho método probatorio tiene una estructura que lo caracteriza. Sobre ello, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

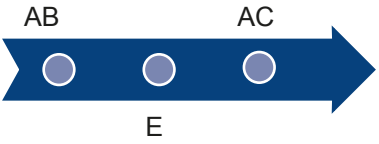
> "Que, la característica de la prueba indiciaria es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento

[31] ASENSIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal. 6a Edición. Ob. Cit., p. 286.

[32] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Prueba Indiciaria y el Estándar "del más allá de toda duda razonable". En: La Prueba en el Proceso Penal. Lima: Jurista Editores, 2011, p. 34.

> basado en el nexo causal lógico, existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar, debiendo reunir este tipo de elementos de juicio la característica de ser indicios, antecedentes, concomitantes, posteriores o subsiguientes y suficientes para concluir por la culpabilidad del agente o no[33]"

Como vemos, la prueba por indicios tiene una estructura tripartita. Mientras que en los llamados casos de "prueba directa" los medios probatorios buscan acreditar una afirmación consecuencia de manera directa; en la prueba por indicios los medios probatorios buscaran acreditar una afirmación base que, a través de un enlace lógico, le permitirá a juzgador tomar como cierto la afirmación consecuencia. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, la prueba indiciaria funciona con la siguiente secuencia: "hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido"[34]. Podemos decir entonces que la estructura de la prueba indiciaria es la siguiente[35]



1. Afirmación Base (AB)

Conjunto de uno o varios indicios equivalentes a datos fácticos acreditados. De acuerdo San Martín Castro el indicio es "todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho en el que está relacionado"[36]. El indicio es el punto de apoyo o arranque del método probatorio conocido como prueba por indicios[37].

De acuerdo al número de indicios, se puede hablar de presunciones monobásicas (un solo indicio) y presunciones polibásicas (pluralidad de indicios)[38]. La jurisprudencia ha señalado que, de acuerdo al momento de la

[33] R.N. 05-02-2008. Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009.

[34] Exp. 778-2008-PHC/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 13 de octubre de 2008.

[35] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit. pp.39-41.

[36] SAN MARTIN, Cesar. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Lima: Grijley, 2003, p. 856.

[37] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit. p.42.

[38] Ídem.,p. 39.

realización del hechos, los indicios pueden ser: (i) antecedentes, ocurren antes de la comisión del hecho y están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para de cometer el delito; (ii) concomitantes, que resultan de la ejecución del delito y se presentan simultáneamente con él; y (iii) subsiguientes, que se presentan con posterioridad al hecho delictivo[39]. Finalmente, los indicios pueden ser débiles y fuertes[40]. Serán débiles cuando aquellos que pueden ser causados por diversos hechos, motivo por el cual tienen menor fuerza probatoria. En cambio, los indicios fuertes llevan necesariamente, o muy probablemente, al hecho desconocido.

La Corte Suprema ha señalado los requisitos que debe cumplir un indicio al momento de que el juez valore la prueba indiciaria: i) el indicio, como hecho base, debe ser plenamente probado por los diversos medios probatorios autorizados por ley; ii) en principio, las presunciones deben ser polibásicos o plurales; sin embargo, cuando un solo indicio tenga gran fuerza acreditativa se podrá utilizar la presunción monobásica; iii) deben estar vinculados al dato fáctico que se quiere probar; y iv) cuando estemos ante una presunción polibásica los indicios deberán estar interrelacionados[41]. De este modo los indicios se reforzarán entre sí. Los indicios débiles tendrán valor solo si acompañan a indicios fuertes. Adicionalmente, el artículo 158° inciso 3. b) del CPP señala que cuando se trate de indicios contingentes éstos deben ser plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

2. Afirmación Consecuencia (AC)

Afirmación (Hipótesis) que se deriva y se obtiene de la afirmación base, pero que es distinta a ella en tanto que incorpora un dato nuevo. En el contexto de un proceso penal, el hecho inferido es la base fáctica del hecho penalmente relevante[42]. De acuerdo a García Cavero, el hecho inferido se relaciona con la persona del imputado, y puede estar referido a los elementos fácticos del injusto penal y de la culpabilidad[43].

[39] Exp.37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de febrero de 2010.

[40] Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 emitido el 13 de octubre de 2006 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias que constituye como precedente vinculante al R.N. 191-2005.

[41] Ibídem.

[42] GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p, 69.

[43] Ídem. pp,70-76.

3. Enlace entre afirmaciones (E)

Elemento dinámico que permite el paso de la afirmación base a la afirmación consecuencia en base a reglas de la lógica, máximas de la experiencia y/o conocimiento científicos. Esto queda confirmado por el artículo 158° inciso 3° del CPP.

El elemento enlace tiene dos características relevantes. Por un lado, debe ser preciso. El enlace es preciso cuando no lleva a una amplitud difusa de posibles alternativas dentro de las cuales está la afirmación consecuencia, sino que la afirmación consecuencia es la explicación más razonable de la existencia del indicio[44]. Por otro lado, el enlace deber tener carácter directo. La conclusión inferida debe ser la existencia del delito[45].

Utilicemos ahora un ejemplo para esclarecer mejor los conceptos antes vistos:

> "El Ministerio Público le imputa a Ticio el delito de colusión. Ticio, miembro de una comisión para el otorgamiento de la buena pro, se habría coludido con Cayo, representante de la empresa "Esparta", para favorecerla en el proceso de licitación. Las características privadas y ocultas de los acuerdos colusorios hacen prácticamente imposible encontrar una prueba directa de dicho pacto. Sin embargo, el Ministerio Público demuestra que la empresa "Esparta" no cumplía con ninguno de los criterios contenidos en las bases del concurso público.
>
> 1. Afirmación Base (AB) "Esparta" no cumple con ninguno de los criterios contenidos en las bases del concurso público".
>
> 2. Afirmación Consecuencia (AC) "Ticio" y "Cayo" se coludieron para favorecer a la empresa "Esparta".
>
> 3. Enlace entre afirmaciones (E) Máxima de la costumbre de acuerdo a la cual cada vez que existe una colusión en el contexto de un proceso de otorgamiento de la buena pro, la empresa favorecida no cumple con los criterios de selección.

[44] Ídem. p, 68.
[45] Ídem., p, 69.

4.2 Características de la Prueba Indiciaria

De acuerdo a García Cavero, la prueba por indicios presenta las siguientes características[46]:

A. De segundo grado:

Toda prueba implica que el juez realice una inferencia que lo lleve a comprobar su hipótesis. En esta medida, se pueda decir que todo método probatorio es indirecto[47]. Sin embargo, la prueba por indicios se caracteriza por la presencia de un doble razonamiento: primero se comprueba la afirmación base, y luego se llega a la afirmación consecuencia[48].

Lo dicho anteriormente no significa que la prueba indiciaria produce un nivel de convicción fáctica de menor grado que la prueba directa[49]. El riesgo de error es una característica que está presente tanto en la prueba indiciaria como en la prueba directa[50].

B. Crítica:

El raciocinio juega un papel muy importante en la prueba indiciaria. La fuerza probatoria de la prueba por indicios yace en la inferencia racional extraída de los datos indiciarios probados[51]. En esta medida, Taruffo señala que el valor cognitivo y la fiabilidad racional del elemento enlace serán las características que le permitirán al juez llegar a una conclusión sólida[52]. En la misma línea, Miranda Estrampes señala lo siguiente:

[46]GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., pp. 40-44.

[47]Ídem, p. 40.

[48]Ibídem

[49]Ídem, p. 43. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 52.

[50]MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Loc. Cit.

[51]GARCIA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 40.

[52]TARUFFO, Michel. Ob. Cit., p. 270.

> "Descartada toda prevalencia de la prueba directa, la capacidad probatoria de la prueba indiciaria vendrá determinada por la corrección en el uso de las reglas o las máximas de experiencia aplicadas, esto es, debe tratarse de verdaderas máximas de la experiencia, entendidas como "regularidades empíricamente observadas" (basadas en un principio de normalidad o causalidad"[53].

C. Multiforme:

Los indicios pueden ser diversos e ilimitados.

D. Objetiva:

La prueba indiciaria está basada en indicios que implican hechos objetivos y no en subjetividades[54]. En este sentido, nuestra jurisprudencia señala que la prueba indiciaria debe apoyarse en datos objetivos y no en simples sospecha[55].

E. Abierta:

La prueba indiciaria está sujeta a los cambios del tiempo; de esta manera, las innovaciones científicas y técnicas pueden generar un cambio en el valor probatorio de los indicios[56].

F. Inductiva:

A diferencia de la prueba deductiva, que producirá siempre un resultado certero si las premisas son verdaderas, la prueba por indicio es inductiva[57]. En otras palabras, se basas en leyes probabilísticas que le permitirán afirmar una hipótesis con carácter de probabilidad.

---

[53] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 53.

[54] GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 42.

[55] R.N. 4901-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio del 2010

[56] Ibídem.

[57] Ídem. , p. 44.

4.3 La Prueba Indiciaria en los procesos por actos de corrupción

La dinámica clandestina en la que operan los delitos corrupción vuelve a la prueba indiciaria una herramienta necesaria para el juzgamiento de los responsables de dichos ilícitos penales. En esta medida, la jurisprudencia ha identificado una serie de indicios reveladores de la comisión de dos delitos altamente complejos: la colusión y el enriquecimiento ilícito.

En el año 2013 la Sala Penal de Apelaciones emitió sentencia en el expediente 00185-2011[58], en ella nuestra jurisprudencia identificó una serie de indicios que permitirían probar la concertación que se producen en el delito de colusión. En esta medida, nuestra jurisprudencia reconoce los siguientes indicios de un acuerdo colusorio:

- Concurrencia de un solo postor
- Precios sobrevaluados o subvaluados
- Inexperiencia comercial de los postores
- Plazo de la garantía de los postores
- Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos
- Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección
- Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta
- La no correspondencia de calificación técnica –económica con la experiencia o especialización del postor
- Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas
- La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas

[58] Exp.00185-2011, Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 11 de abril de 2013.

- Apariencia de ejecución de la contratación
- Reintegro a los terceros interesados
- Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia

Asimismo, la Corte Suprema ha señalado en varias resoluciones que son indicios de la comisión del delito de colusión las siguientes irregularidades producidas en el contexto de un proceso de licitación:

- No tomar en cuenta las especificaciones técnicas y presupuestos internos[59]
- No seguir las sugerencias aportadas por el asesor[60]
- Ignorar la disposiciones del Reglamento Único de Adquisiciones pese a que la empresa fue observada anteriormente[61]
- Omitir la presentación de la carta de fianza de fiel cumplimiento[62]
- Existencia de un vínculo de parentesco entre el funcionario responsable y algún representante de la empresa[63]
- Marginar a otros postores[64]
- Incumplir con las especificaciones técnicas[65]
- Efectuar pagos sin que se produzca la entrega total del bien[66]

[59]R.N. 1060-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de junio de 2004. Citado por: VARGAS VALDIVIA, Luis. El tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria. En: MONTOYA VIVANCO, Yván (Editor). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: 2010, p. 143.

[60]Ibídem.

[61]Ibídem.

[62]Ibídem.

[63]Ibídem.

[64]R.N. 1590-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de diciembre de 2005. Citado por: VARGAS VALDIVIA, Luis. Ob. Cit., p. 143.

[65]Ídem., p.144.

[66]Ibídem.

- Realizar un pago superior a lo pactado[67]
- Celeridad inusual en la gestión del pago mediante el uso de un cheque[68]
- No publicación de la convocatoria al concurso público en el diario oficial[69]
- La empresa no está constituida legalmente[70]
- La empresa no se encuentra registrada como proveedora[71]
- La empresa no tiene licencia de funcionamiento[72]
- La empresa no tiene local comercial[73]
- Entrega de un producto en mal estado, lo que evidencia la falta de verificación y control previo por parte de funcionarios[74]
- Rapidez del pago íntegro del dinero[75]
- Giró del cheque a nombre de una persona natural y no al nombre de la empresa[76]
- Producto no ingresa en los almacenes, lo que significa que no hubo un visto bueno o la conformidad de los bienes.[77]
- Falsificación de una supuesta cotización de una empresa que no participó en la licitación[78]

---

[67] Ibídem.

[68] Ibídem.

[69] Ibídem.

[70] Ibídem.

[71] Ibídem.

[72] R.N. 144-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de julio de 2004. Citado por: VARGAS VALDIVIA, Luis. Ob. Cit., p. 144.

[73] Ibídem.

[74] R.N. 1477-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de marzo de 2005. Citado por: VARGAS VALDIVIA, Luis. Ob. Cit., p. 142.

[75] Ibídem.

[76] Ibídem.

[77] Ídem., p.143.

[78] Ibídem

- No se realizan las invitaciones mínimas que exige la Ley de Contrataciones del Estado[79]
- No se cumple los plazos establecidos[80]
- Variación injustificada del objeto de la convocatoria[81]

Como vemos, la jurisprudencia peruana ha señalado que la constatación de diversas irregularidades en el proceso de licitación equivale a indicios plurales, concordantes y convergentes que permiten probar que ha existido una concertación entre el funcionario público responsable y la empresa ganadora de la buena pro. De esta manera, la prueba indiciaria es importante e imprescindible para la prueba del delito de colusión.

Por otro lado, la jurisprudencia también ha identificado una serie de inicios que, junto con el desbalance patrimonial, acreditaría la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. En este sentido, la jurisprudencia ha tomado como indicio de enriquecimiento ilícito el despliegue de prácticas informales para ocultar grandes cantidades de dinero pertenecientes a un funcionario público. Dentro de estas prácticas podemos encontrar los siguientes actos de ocultamiento:

- Ocultar grandes cantidades de dinero en la casa del funcionario público[82]
- Transferir el dinero a familiares y personas cercanas[83]

Finalmente, conviene señalar que la prueba indiciara no solo debe ser utilizada frente a casos de colusión y enriquecimiento ilícito, sino frente a toda investigación que gire en torno a un delito de corrupción. De esta manera, la Corte Suprema ha señalado que la naturaleza de los delitos de corrupción amerita un análisis exhaustivo de la carga probatoria, siendo necesario valorar los elementos de prueba indiciaria aportados[84].

---

[79] R.N. 193-2013, Ejecutoria Suprema emitida el 20 de noviembre de 2013.

[80] Ibídem.

[81] Ibídem.

[82] Exp. 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Lima el 11 de enero de 2011; R.N.710-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011.

[83] R.N.710-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 201.

[84] R.N.3910-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de marzo de 2008.

Bibliografía

- **ANDRÉS IBÁÑEZ**, Perfecto. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima: Palestra, 2007.
- **ASENCIO MELLADO**, José María. Introducción al Derecho procesal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- **ASENCIO MELLADO**, José María. Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso Penal. Lima: INPECCP, 2008.
- **ASENCIO MELLADO**, José María. Introducción al Derecho procesal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- **DÍAZ CABIALE**, José Antonio. La admisión y la práctica de la prueba en el proceso penal, Cuadernos de CGPJ, Nº 20, Madrid, 1992.
- **GÓMEZ ORBANEJA**, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA. Derecho Procesal Penal. Madrid: sin editorial, 1984.
- **GUZMÁN FLUJA**, Vicente. Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- **GUZMÁN**, Nicolás. La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- **MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel. La prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. En: Revista Catalana de Seguretat Pública. Barcelona: Mayo 2010, pp. 131-151. Consulta: 09 de mayo del 2014. *www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/194215/260389*
- **MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel. La valoración de la prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2009, pp. 7-30. Disponible en:

  http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/mirandaestampres.pdf
- **MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.
- **MONTERO AROCA**, Juan. Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

- **MORENO CATENA**, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ. Derecho Procesal Penal, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- **ORTELLS RAMOS**, Manuel y otros. Derecho Jurisdiccional. Volumen. III. Barcelona: JM Bosch Editor, 1991.
- **ORTELLS RAMOS**, Manuel y otros. Derecho Jurisdiccional. Tratado. III. Proceso penal 6ª ed. Valencia: Tiran lo Blanch, 1997.
- **SAN MARTÍN CASTRO**, César. Derecho Procesal Penal, Tratado I. Lima: Grijley, Lima, 2003.
- **SENTÍS MELENDO**, Santiago. Qué es la prueba (Naturaleza de la prueba), Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1973, núm. 2 – 3.
- **TALAVERA ELGUERA**, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Lima: Academia Nacional de la Magistratura, 2009, pp.63-73. Consulta: 09 de mayo del 2014.

  http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/libros1/contenidos/La_Prueba.pdf.
- TARUFFO, Michel. La relación entre la prueba y la verdad. En: TARUFFO, Michel. La Prueba, Artículos y Conferencias. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, pp. 59-67. Consulta: 09 de mayo del 2014.

  http://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf
- VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

Mecanismos de simplificación procesal aplicables a los delitos de corrupción de funcionarios

Profesor: Joel Segura Alania

1. Introducción

Por simplificación procesal debemos entender al conjunto de posibilidades jurídicas con el que cuentan las partes procesales para evitar llegar al juicio oral -etapa con la que normalmente concluye un proceso-. Dicha clausura encuentra su sustento porque se buscar economizar, flexibilizar y descongestionar el proceso penal. El punto hace del proceso más efectivo y a la vez riguroso, y evita costos razonables para el sistema, aunque sin dejar de lado los estándares mínimos del debido proceso. En los casos vinculados con los delitos de corrupción de funcionarios, existe una necesidad por racionalizar esfuerzos y recursos. Ello con el objetivo de enfocarse en los casos graves o emblemáticos, además de valorar la conveniencia de llegar a un juicio ante la existencia de una alta probabilidad de reinserción social de los procesados conjuntamente con el interés concretizar la reparación del daño causado.

Los principios que abonan a su regulación y uso estriban entre el principio de mínima intervención, lesividad y proporcionalidad. El objetivo central será procurar la mejor solución para las partes involucradas en el conflicto y contribuir a la pronta solución del conflicto jurídico. De esta manera, se buscará racionalizar los recursos públicos evitando que todos los procesos lleguen innecesariamente a juicio oral.

La pregunta es ¿cómo llegamos a un uso razonable estos mecanismos? La respuesta la podremos encontrar en los siguientes criterios: repercusión social, búsqueda de simplificar su solución, racionalización de la persecución legal, economía procesal, respeto al debido proceso –busca el equilibrio entre la eficacia y la garantía-, uso racional del plazo y diseño de política criminal.

En conclusión, esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal.

2. La acusación directa en los delitos de corrupción de funcionarios

2.1 Casos en que procede

- Al tratarse de un mecanismo de aceleración dentro del propio proceso común, el Fiscal de Investigación evaluará la no formalización y continuación de la investigación y optar por acusar de directamente. Esta decisión evita la investigación preparatoria ante la suficiencia probatoria que tendría el caso.

  - El artículo 336°.4 CPP faculta al Fiscal a formular la acusación directa. La condición es, solo si considera que de concluidas las diligencias preliminares o recibido el informe policial, estas contienen **elementos suficientes** (obtenidos en la investigación) **para acreditar la realidad del delito y la intervención del imputado** en su realización. Es necesario evaluar que estén presentes todos los **presupuestos de la punibilidad y de la persecutoriedad**, en especial, que se cumplan los supuestos de aplicación previstos en el artículo 336°.4 CPP.

  - El caso debe cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349º CPP. Se debe contar con los mismos elementos de la formalización

de la Investigación Preparatoria prevista del artículo 336°.1 CPP, a efectos de garantizar el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.

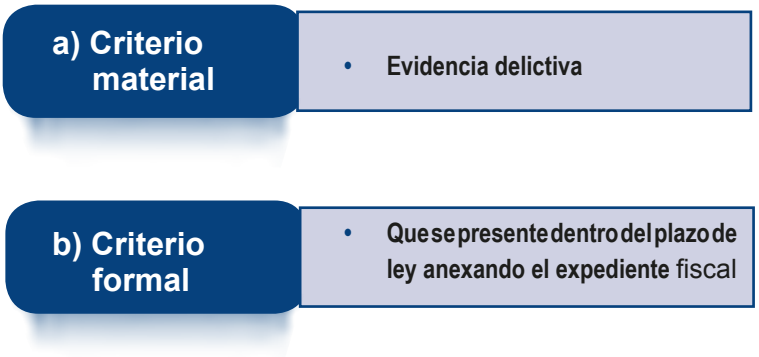
2.2 Procedimiento

- Se inicia con la decisión del Fiscal de no continuar con las diligencias de investigación preparatoria (fase continuada de la preparatoria) y acusar directamente (ejercer una de sus facultades como director de la investigación).
- El Juez de Investigación Preparatoria cursará el traslado del requerimiento de la acusación a las partes procesales a efectos de salvaguardar el derecho de defensa. A partir de su notificación tienen un plazo de 10 días para pronunciarse sobre el pedido fiscal.
- Una vez notificado el imputado, este tiene la posibilidad, en virtud del artículo 350°.1 CPP, de observar la acusación fiscal formal y sustancialmente. De ser el caso, ofrecerá las pruebas que considere que se deben producir en el juzgamiento.
- La víctima que no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100° CPP. Ello deberá ocurrir antes de que concluya el plazo de 10 días (artículo 350°.1.h CPP), como una cuestión que prepara mejor el juicio. Esto es postular, probar u convenir respecto de la reparación civil.
- El Juez de Investigación Preparatoria, previo el traslado del requerimiento acusatorio a las partes, ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal (conforme a las causales previstas en el artículo 348° CPP).
- Las partes podrán impugnar la decisión en caso les cause agravio.

3. El proceso inmediato en los delitos de corrupción de funcionarios

3.1 Casos en que procede

- La procedencia está supeditada a la previa superación del juicio de estricta legalidad (es una condición), vinculado a la presencia de dos presupuestos condicionantes:



- El requerimiento fiscal se presenta (mínimante) luego de culminada las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los 30 días desde su formalización. Tiene un plazo de caducidad, esto quiere decir que una vez vencido ya no corresponde instarlo.
- Se debe acompañar al requerimiento de proceso inmediato la carpeta o expediente fiscal, (artículo 134° CPP). Las actuaciones sumariales son esenciales.
- El juez solo se limita a examinar la fundabilidad del requerimiento y la correspondencia de los presupuestos legales que informan el procedimiento del proceso inmediato a partir de los recaudos probatorios.

3.2 Procedimiento

» Trámite inicial

- Se inicia con el requerimiento del Fiscal del procedimiento inmediato al Juez de investigación preparatoria.
- El requerimiento fiscal es objeto de un trámite de traslado ordenado por el Juez de Investigación Preparatoria a las partes procesales debidamente personadas.
- El plazo para absolver el requerimiento de procedimiento inmediato es de tres días.
- El juez, vencido el plazo, con la contestación o no del traslado resolverá inmediatamente.
- La solicitud de proceso inmediato no se decide en audiencia ni, por lo anterior, se requiere trámite de vista de la causa o informe oral.
- En atención a los poderes regulares del juez, el trámite de traslado puede obviarse en los supuestos de manifiesta inadmisibilidad o improcedencia del requerimiento.
- Si ya se venció el plazo para incoar el procedimiento inmediato o si ostensiblemente no se cumplen con los requisitos para su instauración, el juez puede rechazar liminarmente la solicitud fiscal.

» Decisión judicial

- El auto que emite el Juez de la Investigación Preparatoria es apelable. Es una exigencia para estos casos la motivación del auto judicial. Por la naturaleza jerárquica del recurso de apelación, el efecto es devolutivo.
- La apelación no es suspensiva (regla del artículo 418º.1 CPP). Rige también el artículo 412°.1 NCPP, que dispone la ejecución provisional de toda resolución impugnada, en tanto no existe al respecto una disposición legal en contrario.

» Admisión del proceso inmediato

- Expedido el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal formulará acusación, que será remitida por el Juez de la Investigación Preparatoria al Juez Penal.

- El Juez Penal, dictará acumulativamente el auto de enjuiciamiento y el de citación a juicio. Previamente debe asegurarse del cumplimiento de las exigencias dispuestas en el artículo 349° CPP.
- Siendo procedimiento especial, obvia tanto la investigación preparatoria –o lo que resta–, y la etapa intermedia, entonces el auto de enjuiciamiento, en esas condiciones, es inimpugnable.
- Se altera la competencia funcional del Juez por el procedimiento, pues el Juez de la Investigación Preparatoria ya no dicta el auto de enjuiciamiento, sino lo realiza el Juez Penal, Unipersonal o Colegiado según el caso (dependiendo del delito).
- El auto de enjuiciamiento, regulado en el artículo 353° CPP, se debe adaptar a las exigencias del proceso inmediato.
- Es de aplicación el artículo 136° CPP, pues el dictado el auto de enjuiciamiento el Juez Penal ordena la formación del expediente judicial. Rigen lo dispuesto en dicho artículo y los subsiguientes artículos 137° y 138° CPP.
- Vía interpretación se adapta los criterios establecidos en el artículo 373º CPP, en lo relacionado con el ofrecimiento de pruebas por las partes en el acto oral, en tanto ocurrió un saltó de la etapa intermedia. Por tanto, no rige la limitación relacionada con la admisión de las pruebas que las partes han conocido con posterioridad a la audiencia de control de acusación.
- Aquí prima el derecho de formular solicitudes probatorias y de que éstas se acepten en tanto se trate de proposiciones pertinentes y necesarias.

» Desestimación del requerimiento de proceso inmediato

- El requerimiento fiscal puede ser desestimado por el Juez de la Investigación Preparatoria o, través del recurso de apelación del imputado –si lo propuso–, por la Sala Penal Superior.
- Dictada la resolución de desestimación, el artículo 448°.4 CPP estipula que el Fiscal deberá dictar la Disposición de formalización de la investigación preparatoria o, en su caso, la de continuación de la investigación preparatoria.
- El requerimiento del Fiscal no vincula al órgano jurisdiccional.

4. El proceso de terminación anticipada en los delitos de corrupción de funcionarios

Tiene por objeto agilizar el curso del proceso pudiendo concluir en la etapa de investigación preparatoria, y evita las etapas intermedia y del juicio oral. El efecto del procedimiento no solo es evitar dos etapas procesales, sino otorgar al imputado una rebaja de pena si el proceso concluye por dicha vía.

Su finalidad funcional reduce los tiempos del proceso, cuyo presupuesto es el acuerdo de las partes sobre procedimiento y pena, todo ello en función a la exigencia de actos de investigación, por lo menos, en sede de diligencias preliminares (artículo 330° CPP), sin que se requieran pruebas plenarias para la formación de la convicción judicial.

4.1 Reglas para su aplicación

- Su aplicación comprende a todos los delitos.
- El procedimiento se inicia a pedido de cualquiera de las partes penales: Fiscal o imputado o ambos (legitimación activa). El actor civil, el tercero civil y, en su caso, la persona jurídica, no están legitimadas para proponerla e, incluso, de impedir la iniciación del proceso (oponerse).
- El conocimiento del proceso (competencia) corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria.
- El presupuesto para instar este procedimiento es el acuerdo de las partes sobre procedimiento y la pena a imponerse, todo ello, sobre la base de la aceptación de cargos por el imputado. Entonces la solicitud puede ser unilateral o bilateral, así como la solicitud negociada.
- Está en función a la exigencia de actos de investigación, por lo menos, en sede de diligencias preliminares (artículo 330° CPP), sin necesidad de requerir de pruebas plenarias para la formación de la convicción judicial.

4.2 Procedimiento

Sus tres fases:

Fase inicial Calificación de la solicitud de terminación anticipada	• **Para ello no es necesario realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado.** • **El Juez de la Investigación Preparatoria debe calificarla desde la perspectiva formal, si cumple los requisitos legales de modo, forma y plazo, así como de precisión y completitud del petitorio (juicio de admisibilidad).** • **Examinará la legitimación del solicitante, que se trate de la primera solicitud, o que sea evidente que no se de el supuesto de unanimidad exigido por la Ley ni la posibilidad de ruptura de la continencia de la causa (juicio de procedencia).** • **Es condición para la siguiente fase que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia.** • **Pasado el examen de admisibilidad y procedencia se pone en conocimiento de las demás partes procesales (demás coimputados si es del caso, del actor civil, tercero civil y persona jurídica).** • **Ellos se pronunciarán o alegarán acerca de la procedencia del procedimiento y formularán sus pretensiones dentro del plazo de cinco días.**

Luego, en la siguiente fase, se debatirá el pedido. La audiencia preparatoria es privada.

Fase principal La realización de la audiencia respectiva	**Presentación de los cargos**
	• Corresponde hacerlo al Fiscal y tienen como base el resultado de la investigación preparatoria. • Se limitará a la Disposición Fiscal cuando no se han actuado diligencias con posterioridad a ella. • Puede modificarse motivadamente si nuevas actuaciones permitan una variación de sus contornos, en orden a su dimensión, entidad e, incluso, tipicidad. El Fiscal, acorde a las diligencias realizadas, justificará su cambio de posición.
	Advertencias del Juez de la Investigación Preparatoria
	• Antes de iniciar el traslado, el Juez debe explicar al imputado los alcances y consecuencias del acuerdo. • La posibilidad de controvertir su responsabilidad a efectos de la concreción del defensa procesal que le asiste y que el Juez debe cuidar que se respete. • La aceptación de los cargos y consecuencia renuncia al juicio y a la actuación probatoria, requiere de un consentimiento libre, asesorado por Letrado e informado además por el Juez, en tanto está disponiendo del proceso, de su defensa material. • El Juez está ante la oportunidad de revisar o examinar si el imputado interviene voluntariamente, sin presiones o amenazas, con pleno conocimiento de lo que hace y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.
	Contestación del imputado concernido y posición de las demás partes
	• El imputado tendrá en ese acto la oportunidad de aceptar los cargos, en todo o en parte, o de rechazarlos. • Luego lo harán las demás partes asistentes a la audiencia. • La lógica de este paso es que se promueva lógicas consensuales. • El debate se limita a la propia dimensión de los cargos, a lo que se acepta y a lo que se rechaza. Se trata de la primera postura de las partes, que va a delimitar el curso de la audiencia.

Fase principal La realización de la audiencia respectiva	**Debate consensuado**
	• Fijadas las posiciones iniciales de las partes, el Juez de la Investigación Preparatoria las instará a que se lleguen a un acuerdo. • A estos efectos, puede suspender la audiencia por breve término. No puede dejar de reanudarse el mismo día. • Se busca la realización de conversaciones informales que faciliten un acuerdo.
	Acuerdo
	• Reanudada la audiencia, es posible que exista acuerdo o que no se llegue al mismo. • El acuerdo comprende las circunstancias del hecho punible, así como la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias que deben imponerse, inclusos si la pena privativa de libertad puede ser suspendida condicionalmente. • El acuerdo debe constar en el acta de la audiencia. • Se debe indicar con precisión la pena propuesta, el monto de la reparación civil y las consecuencias accesorias. En cuanto a la pena debe indicarse qué circunstancias modificativas se asumen y sus efectos sobre la pena. • Si no se llega a un acuerdo, así constará en el acta. • El Juez de la Investigación Preparatoria, en función a su rol de director de la audiencia y de contralor del acuerdo, está autorizado a requerir o plantear ex officio se complete una omisión o se subsane un error, en función a las penas, reparación civil y/o consecuencias accesorias.

Fase decisoria Se emitirá de la resolución correspondiente.	• Se dictará el auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipada.
	Deliberación y decisión
	• Se llegue a un acuerdo o no, se suspenderá la audiencia para la deliberación y expedición de la decisión final (sentencia anticipada o auto de desaprobación del acuerdo). • Rige el artículo 392°.2 CPP, de suerte que la deliberación no podrá extenderse más allá de dos días (artículo 468°.5, extremo final, CPP), ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del Juez. • Si transcurre ese plazo sin la decisión respectiva, se anulará todo lo actuado y debe repetirse la audiencia. • Antes de la suspensión para la deliberación secreta deberá anunciarse en ese mismo acto la fecha de la reanudación de la audiencia.
	La lectura de la decisión:
	• No se requiere la presencia de las partes principales, menos ante las partes contingentes. Se lee ante quienes asistan.
	Auto de archivo
	• Si las partes no arriban a un acuerdo, el Juez dictará el auto de archivo de actuaciones, que ponga fin al proceso de terminación anticipada. • Declarará que no hubo acuerdo y dispondrá el archivo definitivo del proceso de terminación anticipada.
	Decisión sobre el acuerdo de las partes
	• Si se llega a un acuerdo, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá dictar: • Una sentencia anticipada, de contenido condenatorio (su conformación estructural esta el artículo 399° CPP). • Un auto de desaprobación del acuerdo, que se expedirá cuando no corresponda la sentencia anticipada, esto es, cuando el acuerdo no es legal o razonable desde la perspectiva de la medición de las reglas de la medición de pena. • Ambas resoluciones adquieren firmeza. El efecto procesal será (artículo 470° CPP) que la declaración formulada por el imputado se considere como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

4.3 Importancia de la negociación para el acuerdo entre el fiscal y el imputado respecto de la pena, reparación civil y penas accesorias

La importancia de la negociación en estos casos radica en la utilidad y finalidad del proceso, que busca descongestionarse de casos menores y privilegiar los grandes casos. Debe tenerse clara la diferencia para darle la importancia debida a la negociación y responder a la pregunta ¿qué tanto importa negociar el caso? No se debe poner en el mismo estándar a todos y pensar solo en cifras o en la estadística del despacho, sino de evaluar otras variables o factores que más bien tienen que ver con la importancia del caso (gran, mediana o básica forma de corrupción), fundamentalmente por evaluar quienes están implicados y el daño o perjuicio que habrían causado, así como la probabilidad de su reinserción. Habría que considerar también el costo beneficio para el Estado de llevar el caso hasta el juicio oral.

Superada esta justificación entran criterios más de ponderación, merecimiento y necesidad de pena cuando se trata de la pena principal y/o accesoria, y el criterio de la equidad para la reparación civil, no siempre bien ponderada. Aquí no rigen los criterios penales, sino civiles para su determinación. Se estará entonces ante el daño causado, la ilicitud del hecho, el factor de atribución y los nexos de causalidad.

Negociar un acuerdo considerando todo lo dicho implica repensar en la función del procedimiento para el sistema no para el despacho.

4.4 Límites y criterios éticos para la negociación penal

Desde los casos reales de corrupción, los espectáculos en ocasiones ofrecidos por los abogados, hasta la implacable realidad de que en muchos procesos es imposible llegar a soluciones completamente justas o perfectas.

Toda negociación tiene límites y está en la Ley, por ejemplo que no puede negociarse una pena por debajo de lo que establece la misma Ley. Siempre se ha pensado que la norma es ajena a la ética y eso no es así, la norma también comprende valores morales y éticos, si esto es claro y cada operador del sistema de justicia lo observara, la justicia, no estaría cuestionada como lo está ahora. La negociación es un instrumento funcional para el sistema, y debemos limitar y evaluar de otros valores su uso.

5. El proceso de conclusión anticipada de juzgamiento en los delitos de corrupción de funcionarios

5.1 Reglas para su aplicación

- La oportunidad procesal de la conclusión anticipada –o conformidad– está estipulada en la Ley Procesal Penal, y esta ocurre en la primera fase del juicio oral, después de los alegatos de apertura, el Juez emplaza al imputado y su defensa, a aceptar o no los cargos.
- El allanamiento a los cargos emplazados por la Fiscalía pone fin al acto oral, con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el período probatorio, el decisorio y los alegatos finales de las partes.

5.2 Procedimiento

Juicio oral	**Inicio:**
	• **En cumplimiento del deber judicial de instrucción, el Tribunal debe preguntar al imputado si admite ser autor o partícipe del delito acusado y responsable de la reparación civil.**
	Respuesta:
	• **Si el acusado acepta los cargos, previa consulta con su abogado, el Tribunal dispondrá la conclusión del debate.**
	Tiempo para negociar:
	• **Es posible, que se pida la suspensión del juicio para una negociación con el Fiscal respecto de la pena**
	Sobre la conformidad:
	• **La sentencia se emitirá dentro del plazo de 48 horas, bajo sanción de nulidad.**

Juicio oral	**En caso de una pluralidad de acusados:** • Es posible que unos acepten y otros no, lo que no impide la sentencia de conformidad. • La regla general (artículo 372° CPP), presupone una conformidad total o propia y absoluta (comprende pena y reparación civil), así como, en su defecto, una conformidad parcial o impropia (sólo algunos acusados aceptan, pero incluyen todos los cargos objeto de atribución). • La conformidad absoluta puede ser unilateral o negociada (el acusado negocia con el fiscal una respuesta punitiva consensuada). • La conformidad es un acto unilateral (tendencialmente negociado) y de disposición de la pretensión efectuada por el imputado, previa consulta con su abogado.

La sentencia conformada	**Sentencia conformada absoluta:** • La sentencia conformada se dicta aceptando los términos del acuerdo, de la conformidad expresada por el acusado. • El hecho que da lugar a la subsunción jurídico penal no se construye por el juez a través del juicio sino por el allanamiento del acusado, pero sobre esa base el Tribunal está autorizado a absolver por atipicidad o porque la descripción del suceso revela con evidencia una causa de exención de pena. • Si esa misma descripción fáctica revela la presencia de un factor de atenuación de la pena (exención incompleta, atenuantes específicos o genéricos, entre otros) impondrá una pena menor a la aceptada o acordada. • Sobre la reparación civil, la variación solo será posible si existe actor civil constituido en autos y hubiera observado el monto asignado. En tal caso, podrá fijar la suma que corresponda, siempre que sea factible hacerlo, y de no ser así pueda deferirse su determinación luego del juicio contradictorio.
	Sentencia conformada absoluta: • La conformidad relativa, en cuya virtud, conforme al artículo 372°.3 CPP, el imputado cuestiona la pena y/o la reparación civil, respecto de lo cual no ha mediado acuerdo con la Fiscalía y el actor civil en su caso, produce en todo caso una cesura del juicio. • A partir de ello, el debate se circunscribirá a los ámbitos objeto de contradicción, y en ese ámbito se determinarán los medios de prueba que deberán actuarse. • En lo que respecta al objeto civil, si con lo que consta en autos es posible determinar su cuantía, no será necesario abrir una instancia contradictoria.

Bibliografía

- **HURTADO POMA**, Juan. *La justicia negociada en el nuevo código procesal penal.* Consulta: 09 de mayo del 2014.

  http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/justicianegociada.pdf .

- **DOIG DÍAZ**, Yolanda. *El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004*.En: Actualidad Jurídica, Tomo 149, Gaceta Jurídica. Lima: 2006, pp. 106-114.

Reparación Civil en los Delitos Contra la Administración Pública

Profesor: Rómulo Morales Hervias

1. Propósito

El presente material tiene como propósito establecer qué significa la "indemnización de los daños y perjuicios" que forma parte de la reparación civil (numeral 2 del Artículo 93 del Código Penal). En el Derecho Civil hay diferencias conceptuales entre "indemnización" (indennizzo, indemnisation, Entschädigung) y "resarcimiento" (risarcimento, dommages-intérêts, Schadenserzatz). El resarcimiento solo es debido cuando la fuente es un acto de responsabilidad civil (incumplimiento o ilícito aquiliano). La indemnización, por su parte, tiene fuente exclusiva en la ley. Solo hay resarcimiento si previamente hay responsabilidad.

Tradicionalmente la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual se basa en que la "primera se origina por la violación de un derecho de crédito u obligación en sentido técnico; es la responsabilidad del deudor para con el acreedor por el cumplimiento de la obligación. La segunda, también llamada aquiliana [La designación proviene de la *Lex Aquilia* que reguló esta materia en el derecho romano] o *delictual*, resulta de la violación de un deber general de abstención contrapuesto a un derecho absoluto (derecho real, derecho de la personalidad)"

(Mota Pinto, 2005: 137). Se objeta la designación responsabilidad contractual de su falta de rigurosidad: "las obligaciones cuyo incumplimiento produce responsabilidad contractual puede provenir de una fuente diversa del contrato (por ejemplo, el negocio unilateral, gestión de negocios). Por esta razón algunos autores proponen, en sustitución de la fórmula responsabilidad contractual, las expresiones responsabilidad negocial o responsabilidad obligacional" (Mota Pinto, 2005: 137).

Sin embargo, Castronovo establece que esta distinción ha sido superada por un elemento permanente o constante que:

> "está constituido por la característica relacional que se manifiesta en el momento de su nacimiento en los deberes accesorios y con posterioridad en el deber de prestación. Es esta característica la que se presenta como el factor de distinción entre las dos especies de la responsabilidad civil. En el momento en que la relación obligatoria se distingue esencialmente por el carácter relacional como única característica indefectible de la misma –característica que en la tradición que se remonta al derecho romano ha sido referida al deber de prestación, identificando la responsabilidad denominada contractual con la responsabilidad por incumplimiento– se reestructura en el plano más general en que se reconocen tanto los deberes funcionales como el deber de prestación; y la responsabilidad, en correspondencia con el nuevo plano de referencia, se convierte en tal como efecto de la violación del carácter relacional, bien sea que esta se refiera a la prestación o a otro interés puesto en peligro por la relación misma" (Castronovo, 2012: 60).

Así, con respecto a la responsabilidad relacional, se puede indicar que:

> "la responsabilidad relacional es una expresión que es capaz de indicar la violación de la relación obligatoria, bien sea que esta tenga su origen en el contrato o en la ley, o que la violación esté referida al deber de prestación o a uno de los deberes accesorios. Ella denota que puede derivar de uno u otro elemento que configura la relación, por la violación de deberes accesorios o por el incumplimiento; adicionalmente, indica el hecho de que puede nacer cuando el deber de prestación no haya llegado a existir pero igualmente la relación haya surgido, luego de que se instaure la relación a la que la ley ha dado relevancia jurídica. Como consecuencia, la responsabilidad contractual deja de ser responsabilidad por incumplimiento, y pasa a ser responsabilidad por violación de la relación. En este sentido, el derecho privado en su totalidad se reconstruye según una summa divisio entre situaciones relacionales, que se caracterizan por deberes entre las partes cuya violación da origen a la responsabilidad, precisamente, relacional de la misma manera que la responsabilidad por incumplimiento, y situaciones no relacionales, que asumen las características de la responsabilidad aquiliana en el terreno de la responsabilidad" (Castronovo, 2012: 61).

2. Resarcimiento o indemnización en la sentencia penal

Es importante resaltar que es un error común por parte de la doctrina y la jurisprudencia confundir las expresiones "resarcimiento" e "indemnización". Independiente de lo diga un texto legislativo o de su uso indistinto, lo fundamental es saber el verdadero significado jurídico de lo que se regula y protege. A continuación estudiaremos el enriquecimiento sin causa con el propósito de conocer su diferencia con la responsabilidad.

Según el artículo 1954 del Código Civil peruano de 1984, el enriquecimiento sin causa otorga el derecho a una indemnización por el enriquecimiento de uno y por el empobrecimiento de otro. Este instituto jurídico ha sido importado directamente del Código Civil italiano de 1942. De ahí que cobra relevancia las referencias a la doctrina italiana.

El enriquecimiento sin causa indemniza un perjuicio.

El concepto de perjuicio es entendido en sentido restrictivo e individualizado en la existencia de un daño o de una pérdida patrimonial verdadera y propia atribuida a la parte lesionada.

En esta perspectiva el perjuicio constituye la otra cara del enriquecimiento. Para la configuración del enriquecimiento sin causa no es necesario un daño en el sentido propio de la expresión, y tanto menos una verdadera y propia transferencia injustificada de riqueza, sino sobre todo que alguno ha obtenido una ventaja de modo injusto aprovechándose de los recursos ajenos (Gallo, 2003).

Quien se enriquece a expensas de otro obtiene una ventaja patrimonial y el otro sufre una pérdida correspondiente. El enriquecimiento no ocasiona ningún daño. En efecto, el presupuesto esencial del enriquecimiento sin causa no es tanto el daño, sino la existencia de una ventaja como consecuencia del empobrecimiento de otro. El perjuicio no implica un verdadero daño, o una pérdida patrimonial, sino está en el mismo hecho de la lesión. De conformidad a la teoría de la ventaja y para poder formular el enriquecimiento sin causa, es suficiente la prueba que alguno se ha enriquecido a expensas de otro (Gallo, 2003).

La doctrina diferencia con claridad el perjuicio del daño. La pérdida y el daño son conceptos diversos, en cuanto el segundo, por consolidada tradición, comprende tanto la pérdida sufrida como la ganancia frustrada. Esto último no se incluye en el concepto de empobrecimiento, respecto al cual no se trata de obtener la restitutio in integrum, sino solo de reparar el grave desequilibrio formado sin adecuada justificación (Trabucchi, 1958).

Por otro lado, la responsabilidad civil es diferente al enriquecimiento sin causa (Albanese, 2004). La responsabilidad civil otorga como remedio el resarcimiento para resarcir una disminución del patrimonio (daño emergente) y una ganancia no realizada (lucro cesante). En cambio, el enriquecimiento sin causa indemniza un perjuicio, es decir, compensa equitativamente un desequilibrio económico como consecuencia de un enriquecimiento y un correlativo empobrecimiento.

El Código Civil peruano de 1984 sistematiza normativamente las responsabilidades por inejecución de obligaciones y responsabilidad extracontractual en el Título IX del Libro VI y en la Sección Sexta del Libro VII respectivamente. Por el contrario, el enriquecimiento sin causa se regula en la Sección Cuarta del Libro VII.

La diferencia sistemáticamente normativa no es la única. Fundamentalmente, las funciones que cumplen la responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa son diferentes. La obligación indemnizatoria en el enriquecimiento sin causa está prevista, no como una reacción frente a un daño, sino como un correspectivo de la modificación recíproca de la esfera jurídica de los dos sujetos, que haya determinado el incremento de uno de ellos a costa del empobrecimiento de otro. La obligación resarcitoria cumple esencialmente la función de reparar daños.

Otro elemento importante para la diferenciación es el daño, el cual es entendido como aquél perjuicio de tipo patrimonial o la lesión de intereses de naturaleza económica. También es un daño resarcible la pérdida de la posibilidad de conseguir un resultado útil o un determinado bien (llamada oportunidad) (Poletti, 2010).

La indemnización, a diferencia del resarcimiento de los daños emergentes, de los lucros cesantes y de las pérdidas de oportunidades, es un remedio que comprenden los casos en los cuales una obligación pecuniaria se constituye con miras a la composición de intereses que resulta necesaria por la pérdida o la limitación de un derecho derivado de la verificación de un determinado hecho jurídico concreto (Salvi, 2005). La indemnización es diferente al resarcimiento: “Lo que caracteriza tales hipótesis *[obligaciones indemnizatorias]* no es la circunstancia que un daño es «lícitamente» producido (según los llamados actos lícitos dañosos), y ni siquiera los criterios para la determinación del *quantum* (que generalmente se refieren a un resultado inferior a la pérdida efectiva); sino al hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente a un daño, para resarcir, sino para la modificación recíproca, y ten-

dencialmente permanente, de la esfera jurídica de dos sujetos, con incremento de una sobre la otra. La obligación indemnizatoria deriva, por lo tanto, de la exigencia –conforme a un principio general en materia de desplazamientos patrimoniales– de garantizar una justa contrapartida al sujeto cuya esfera jurídica es afectada" (Salvi, 2005: 261)

De esta manera, las indemnizaciones son prestaciones dinerarias que no pueden calificarse como resarcimientos:

> "La indemnización se presenta en infinidad de supuestos: en las transferencias coactivas de derechos reales (en la expropiación o en la constitución de servidumbre legal de paso, por ejemplo), en el campo de los seguros privados (donde las sumas pagadas por las aseguradoras son de antemano estipuladas mediante contrato, y no necesariamente cubren, a la larga, el monto exacto de los daños sufridos), en el derecho laboral (donde las cantidades a abonar a los trabajadores, en caso de despido injustificado, por ejemplo, se liquidan en un mayor o menor número de remuneraciones, conforme a un método de cálculo señalado en nuestra legislación del sector), o en el caso de los llamados «actos lícitos dañosos», como el que se presenta cuando alguien ocasiona daños a bienes ajenos para conjurar peligros actuales o inminentes" (León, 2007: 501-502).

La indemnización es una compensación genérica para reequilibrar o restablecer una situación desfavorable patrimonialmente: "Se trata de una prestación [la indemnizatoria] que apunta a la reintegración, no tanto del patrimonio (globalmente considerado), cuanto sí del bien específico (autónomamente considerado)" (Ciccarello, 1971: 105).

La indemnización consiste en dejar indemne al perjudicado para reintegrarle pecuniariamente su interés lesionado (De Cupis, 1975). El numeral 2 del Artículo 93 del Código Penal confunde el derecho de resarcimiento con el derecho de indemnización. La confusión no solo es terminológica, cuando se utiliza la denominación "indemnización", se está pensando en el "resarcimiento". Esta confusión terminológica es producto de la sinonimia legislativa. Así, el Código Civil peruano de 1984 también utiliza indistintamente ambas denominaciones. También la confusión es teórica porque se desconoce la diferencia entre resarcimiento e indemnización.

3. Conclusiones

- La indemnización por enriquecimiento sin causa no resarce una disminución del patrimonio (daño emergente) ni una ganancia no realizada (lucro cesante). El contenido de la obligación resarcitoria equivale al valor del daño. Es intrascendente jurídicamente para el resarcimiento el eventual enriquecimiento del responsable, superior al daño ocasionado.
- Para el enriquecimiento sin causa es irrelevante el grado de culpabilidad del deudor y los daños establecidos cuando hay una responsabilidad contractual o extracontractual. Así, la culpa, el dolo, el daño emergente, y el lucro cesante son conceptos inaplicables para analizar si hay o no enriquecimiento sin causa en un caso concreto.
- La indemnización por enriquecimiento sin causa busca restablecer un desequilibrio económico sufrido por el empobrecido patrimonialmente ante la ventaja patrimonial de otro.
- La indemnización por enriquecimiento sin causa está regulada en la Sección Cuarta del Libro VII del Código Civil. De acuerdo a ello, el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligación diferente a las responsabilidades por inejecución de obligaciones (Título IX del Libro VI del Código Civil) y responsabilidad extracontractual (Sección Sexta del Libro VII del Código Civil)).
- El numeral 2 del Artículo 93 del Código Penal se refiere al “resarcimiento” y no a la “indemnización”.

Bibliografía

ALBANESE, Antonio

2004 "Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell arricchimento in assenza di danno" en Responsabilità civile e previdenza, Milán: Giuffrè Editore.

CASTRONOVO, Carlo

2012 "La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual", en Revista de Derecho Privado, Traducción del italiano de César E. Moreno More y con revisión de Javier Rodríguez Olmos, Nº 23, Julio-Diciembre, pp. 47-64.

CICCARELLO, Sebastiano

1971 "Indennità (diritto privato)", en Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milán: Giuffrè.

DE CUPIS, Adriano

1975 El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Traducción de la 2ª edición italiana de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

GALLO, Paolo

2003 Arricchimento senza causa, Artt. 2041-2042, en Il Codice Civile, Comentario dirigido por Piero Schlesinger, Milán: Giuffrè Editore.

LEÓN, Leysser

2007 La responsabilidad civil, Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Segunda edición corregida y aumentada, Lima: Jurista editores.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da

2005 Teoria geral do direito civil, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora.

POLETTI, Dianora

2010 "L´inadempimento e la responsabilità" en BRECCIA, Umberto, BRUSCUGLIA, Luciano, BUSNELLI, Francesco Donato, GIARDINA, Francesca, GIUSTI, Alberto, LOI, MARIA LEONARDA, NAVARRETTA, Emanuela, PALADINI, Mauro, POLETTI, Dianora y ZANA, Mario, Diritto privato, Tomo Secondo, Seconda Edizione, Turín: Utet Giuridica.

SALVI, Cesare,

2005 La responsabilità civile, Seconda edizione, Milán: Giuffrè.

TRABUCCHI, Alberto

1958 "Arricchimento", en Enciclopedia del diritto, III, Milán: Giuffrè Editore.

CAPÍTULO III

Litigación estratégica y función jurisdiccional

Rol de los Operadores del Sistema de Justicia en las Audiencias de los Delitos de Corrupción de Funcionarios

Profesor: Joel Segura Alania

1. Introducción:

El rol de los sujetos procesales, en las audiencias por procesos de delitos de corrupción de funcionarios, parte por un aspecto fundamental que rige el nuevo sistema de procesamiento, y lo ha señalado ya la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 6-2011. Se trata de configurar institucionalmente el principio de oralidad, a través de las audiencias, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal.

Todo porque, en las audiencias, el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia (artículos 349° y 350°.1 CPP).

Hoy día se puede afirmar que tenemos un sistema donde se privilegia las audiencias y es, en dicho espacio, que la oralidad cobra su importancia, para resolver incidentes y aspectos preliminares o previos al juicio oral. Se resalta aún más la oralidad en la fase del juicio mientras que la escrituralidad (prevalente en un modelo anterior) ha pasado a un segundo plano y tiene una función preparatoria.

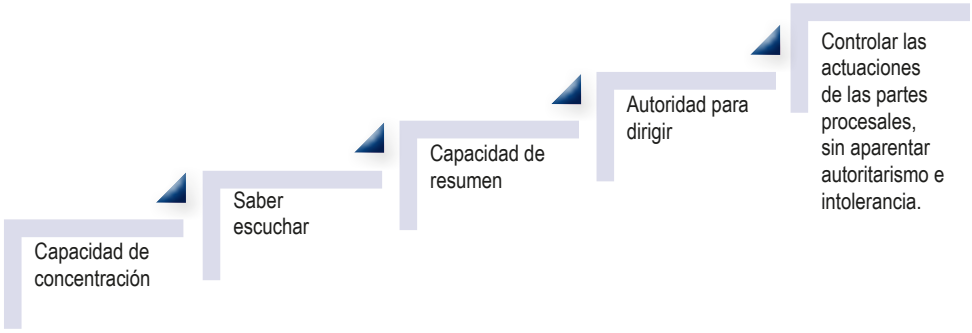
A partir de lo anterior, las audiencias buscan evitar las sorpresas o la improvisación. Las pretensiones que se fijan previamente a la audiencia, salvo excepciones, podrán

variarse, aunque siempre posibilitando una igual oportunidad a las otras partes. Para estos fines es importante que se preserve la escrituralidad, puesto que además cumple una función importante en el proceso: la de preservación. Todo proceso puede y debe ser examinado y esto podrá hacerse revisando escritos, fundamentos y actas.

En ese sentido, el rol de los sujetos procesales (específicamente el abogado defensor y fiscal) deben ser únicos y continuados. En otras palabras, su labor es de cuidar y trabajar sus pretensiones a discutirse en las audiencias. Para ello, deben preparar previamente toda su argumentación, deben tener definida su teoría del caso para ser coherente con los fundamentos que defenderán en su posición, y así evitar toda improvisación. El improvisar en una audiencia y no tener claro el objetivo a alcanzar atenta contra los principios elementales del nuevo modelo que recoge nuestro Código Procesal Penal, como el principio de celeridad y el principio de defensa, puesto que afecta al derecho a una defensa técnica idónea. Entonces, si esto es así, el rol de los sujetos procesales en las audiencias, que deben procurar ser en sus posibilidades únicas y continuadas, es de cuidar y trabajar previamente (salvo el juez) sus pretensiones a discutirse en las audiencias, improvisar en una audiencia o no tener claridad del objetivo de que cada audiencia atenta principios elementales del modelo, empezando con los tiempos (por que se busca celeridad), el profesionalismo, podría afectar calidad de la discusión, hasta un derecho concernido (si es abogado defensor el derecho a una defensa técnica idónea). El diseño actual no solo cambió roles, sino es mucho más exigente de cara a los fines que tiene y, sin olvidar en la audiencia propiamente dicha, se tiene una sola oportunidad para objetar u oponerse.

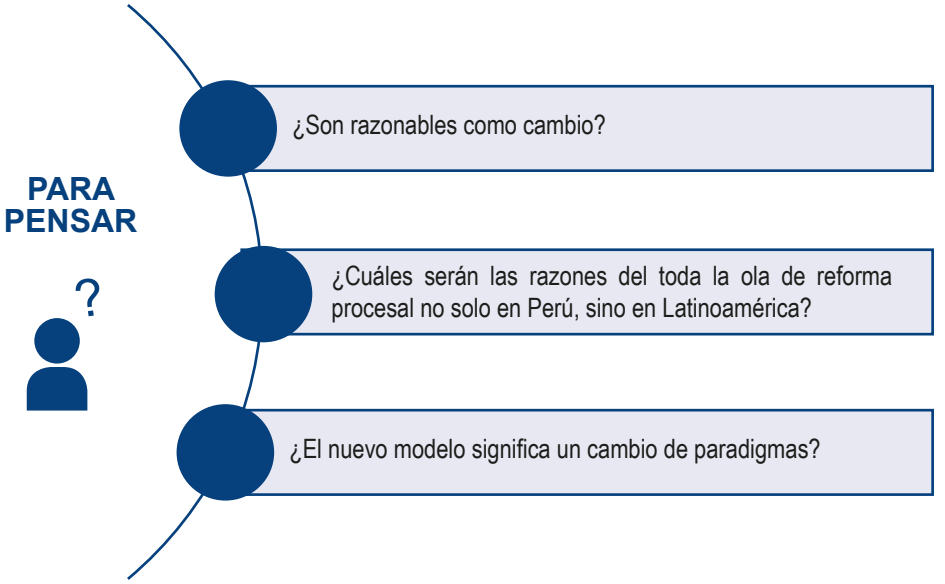
Los fiscales, procuradores y abogados, en las audiencias del nuevo modelo, no solo requieren conocimientos especializados en delitos de corrupción de funcionarios, sino de saber transmitir (oratoria), persuadir por la razón (situación que no solo implica armar una presentación clara, fundamentada sino prepararse (entrenarse) y para la fortaleza de los argumentos (la argumentación jurídica).

Si bien al Juez no se le exige locuacidad, a partir del cargo que ostenta es fundamental que desarrolle las siguientes habilidades:



Asimismo, la principal labor que se le exige al Juez (razón del juicio y objetivo que persiguen los demás sujetos procesales) es brindar una decisión motivada, es decir, una sentencia (condenatoria o absolutoria) que este argumentada jurídicamente con el fin de no afectar el derecho al debido proceso.

Estos nuevos roles en audiencia



2. Roles de los operadores de justicia en las audiencias del nuevo proceso penal

2.1. Roles jurídicos

2.1.1. Los jueces

Los jueces tienen que emitir resoluciones tras las correspondientes audiencias preliminares ordenadas por la ley procesal, y, fundamentalmente, a la conclusión del juicio oral. En el nuevo Código Procesal Penal existen varios tipos de audiencia y ellos tienen distintos plazos para su resolución. El Acuerdo Plenario N°6-2011/CJ-116 (F.9) los clasificó en varias opciones: decisiones inmediatas, inmediatas o dentro de un plazo determinado, dictadas después de la audiencia o en un plazo determinado sin opción a la inmediatez.

Ante dicho panorama, el rol del juez está obligado a saber que no solo dirigirá las audiencias, sino de estar al tanto del plazo que tiene para su decisión. Caso contrario podría ser pasible de cuestionamientos y en su defecto podría solicitarse la nulidad o sanción administrativa (en caso de plazos impropios de caducidad). Su función jurídica varía por etapas procesales y así la investigación preparatoria (un rol eminentemente garante de derechos del imputado) tendrá los siguientes pasos:

En la etapa final, que es la del juicio oral, tendrá un rol decisorio:

1. Autorizar la constitución de las partes.

2. Evaluar la concesión o no de las medidas limi tativas de derechos que requieran orden judicial, y medidas de protección.

3. Evaluar la concesión o no de los medios de defensa como las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, entre otros que puedan ser planteadas por las partes.

4. Realiza actos de prueba anticipada

5. Evaluar el cumplimiento del plazo a solicitud de parte. En la etapa intermedia (tendrá un rol eminentemente de control)

6. Evalúa la acusación y/o el sobreseimiento a efectos de emitir el auto de enjuiciamiento, archivo definitivo, elevación o ampliación del plazo de investigación.

7. Examina y evalúa la legalidad, pertinencia, utilidad y suficiencia de los medios de prueba y los actos de investigación que sustentan o sustentan las pretensiones de las partes.

a. Dirigirá la actuación de las pruebas y se resolverán los incidentes.

b. Al emitir el fallo (decisión), como toda resolución debe cuidar un estándar (de ser razonada y razonable) en dos grandes ámbitos:

c. En la apreciación –interpretación y valoración– de los medios de investigación o de prueba.

d. ¡En la interpretación y aplicación del derecho objetivo.

2.1.2. Los fiscales

Los podemos concentrar en dos roles fundamentales, en cuanto titular del ejercicio de la acción penal: a. La de conductor de la investigación preparatoria y b. acusador en el juicio oral (como tal tiene la carga de la prueba en el proceso).

Como conductor de la investigación preparatoria:

a. En la sub-etapa preliminar y la preparatoria, propi amente, estará de frente a audiencias instadas por él, que tengan que ver con la obtención de una orden judicial para la búsqueda y obtención de fuentes o medios pruebas, así como de audiencias de su control posterior, de audiencia de anticipación de pruebas. Por otra parte, a instancia de la fiscalía, pedidos como la aplicación de alguna medida cautelar personal, tendrá que sustentarla en audiencia. Finalmente, tendrá que afrontar audiencias de tutela, de control de plazos u otros incidentes que pueda generar la parte contraria (fundamentalmente el imputado).

b. Concluida la investigación, ejercerá su decisión relativa a acusar o sobreseer el caso. Esta decisión debe sustentarla en la audiencia preliminar. Como acusador en el juicio oral (artículo 61°.3 NCPP):

c. Durante el juicio oral, tiene la obligación de sustentar los cargos (alegato inicial), actuar las pruebas ofrecidas en la etapa anterior y que corroboran la imputación que plantea, para finalmente ratificar (alegato final) sus razones a partir de las pruebas presentadas y actuadas en el juicio con el fin de justificar su pretensión de condena y las otras medidas legales y pertinentes.

2.1.3. Los defensores

Dos roles jurídicamente esenciales:

I. De oposición de la pretensión Fiscal y

II. De exigir el respeto del principio de presunción de inocencia.

La función de la defensa, fundamentalmente, es dialécticamente opuesta a la del acusador y se ejercita a través del abogado del imputado.

La defensa, en general, no se limita a los defensores, comprende también la defensa material o auto patrocinio, y la defensa formal o patrocinio del defensor. Sin embargo, en un sistema especializado como el de corrupción de funcionarios, una defensa letrada y especializada tiene un peso fundamental, por la complejidad de sus categorías y existiría un grave riesgo de defensa eficaz si el abogado no es especializado.

El Estado debe proveer al imputado de un abogado (con preferencia especializado) si no lo tiene en aras de garantizar la legalidad de la diligencia y el debido proceso (artículo 80° CPP menciona al Servicio Nacional de la Defensa de Oficio).

Será necesaria la intervención del defensor en todas aquellas audiencias susceptibles de preconstituir o anticipar prueba; así como, en las etapas intermedia y de enjuiciamiento. En ella, su misión consiste esencialmente en aportar y hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vista (de acuerdo a una estrategia), así en la cuestión de hecho como en la jurídica, favorables al acusado. Esta es independiente de la voluntad del reo, pues su deber de defenderlo no cesa porque no quiera defenderse ni que se le defienda.

Algunas potestades del defensor:

Potestades del abogado defensor en audiencia	• Asesorar al imputado desde el primer momento. • Participar en el interrogatorio. • El derecho de tener un experto en el desarrollo de una diligencia. • Participación en todas las diligencias (salvo del coimputado en Investigación preparatoria). • Aportación y actuación de medios de investigación y de prueba. • Presentar todo tipo de peticiones. • Conversación o entrevista con su defendido en las audiencias. • Amplia libertad de expresión. • Alegar cuestiones previas y prejudiciales, y demás medios de defensa que le reconoce la ley.

2.2. Gestión administrativa de las audiencias

Un paso importante en el nuevo sistema procesal es la introducción de una gestión profesional al interior de los juzgados, la búsqueda de mayor coordinación y el replanteamiento de algunas funciones que no deben ser tomados como un desplazamiento, sino en optar por contar con profesionales con expertis en este tipo de gestiones y que las decisiones operativas cotidianas no sean una carga o preocupación para el Juez.

Por ejemplo, los administradores aportarían a ello, puesto que la idea siempre debe ser en pensar que la administración de justicia es un servicio y que se está ante personas, profesionales, organizaciones, y todos ellos deben ser bien atendidos.

Esto desde luego necesita mucho de alguien con expertis con la variedad de componentes y participantes. Este cambio, desde luego no siempre fue así y tiene resistencias, pero el objetivo en esto es claro: brindar un mejor servicio.

2.2.1. Roles del administrador del módulo

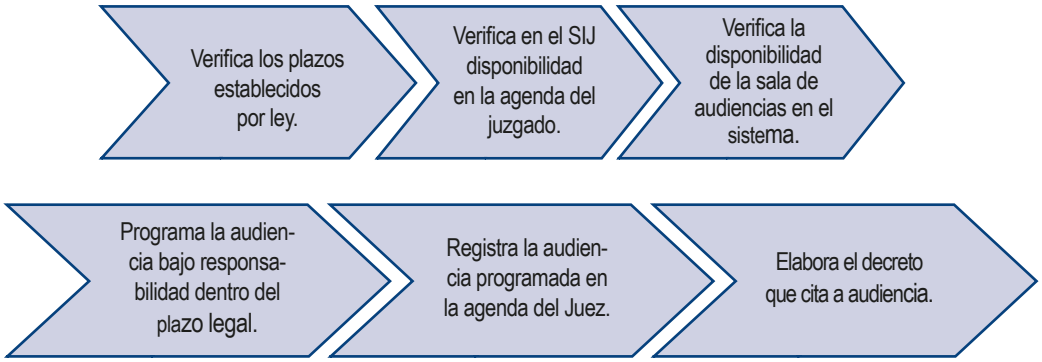
Entre los principales roles vinculados con la audiencia (Manual de Organización y Funciones de los Órganos Jurisdiccionales Penales de las Cortes Superiores de Justicia aprobado por R.A. N° 082-2013-CE-PJ) están las siguientes:

- Supervisa la programación de audiencias dentro de los plazos establecidos y bajo los principios de celeridad, así como la realización efectiva de las mismas bajo parámetros de estricta puntualidad, de acuerdo a la agenda judicial disponible de las salas de audiencia.
- Debe verificar también la agenda judicial de los juzgados penales supraprovinciales.
- Controlar y supervisar la generación y diligenciamiento oportuno de las notificaciones, verificando y optimizando los flujos de procedimiento.
- Establecer medidas y fijar objetivos para mejorar la efectividad y eficacia de la gestión administrativa, coordinando la implementación de tales mejoras.

2.2.2. Roles del pool de apoyo para la realización de audiencias

El pool de apoyo tiene un coordinador y especialistas para la realización de audiencias (Manual de Organización y Funciones de los Órganos Jurisdiccionales Penales de las Cortes Superiores de Justicia aprobado por R.A. N° 082-2013-CE-PJ):

El especialista tiene el siguiente rol antes de la audiencia y durante la audiencia:



2.2.3. La coordinación interinstitucional para el éxito de la realización de las audiencias

No hay un protocolo consensuado al respecto, pero sería importante seguir las buenas prácticas realizadas por algunos juzgados y salas anticorrupción del país. Esto evitaría el desgaste de tiempo de los distintos actores, fundamentalmente de los fiscales, procuradores, abogados, policías, peritos, imputados y representantes de personas jurídicas.

La coordinación interinstitucional previa debe tener canales de comunicación directa, o personas de enlace que puedan mirar el conjunto de recursos, personal y tiempo con el que se cuenta para optimizar la gestión. Es importante además que este tipo de trato evitaría la suspensión de audiencias por inasistencia de alguna de las partes, y siempre sobre la base del aviso con tiempos razonables. Como ya se ha señalado en otros ítems, no se trata de ir a una audiencia a improvisar, sino a aportar a esclarecer el hecho a partir de determinados estándares (pruebas legales, suficientes, y hechos delictivos, entre otros).

3. Desarrollo de las audiencias

El desarrollo de las audiencias en el modelo procesal, responde a nuevos paradigmas. Como tal, una idea central es que se realice continuamente hasta concluir con el objeto de dilucidación planteado. La unidad y continuidad de las audiencias es un principio de procedimiento.

3.1. Apertura y acreditación de las partes procesales. Reglas para la conducción del debate:

Esta parte inicial de la audiencia corresponde con lo previsto en el artículo 120°.

- Las audiencias son en buena cuenta una actuación procesal, por tanto debe documentarse por medio de acta. La norma señala que se utilizará de ser posible los medios técnicos que corresponda (en nuestro modelo se graba en audio, en algunos en audio video).
- Por tanto, el acta debe ser fechada con indicación del lugar, año, día y hora en que haya sido redactada, la identificación de las personas que intervienen y una relación sucinta o integral de los actos realizados. Los primeros datos serán señalados por quien dirige la audiencia (Juez o Tribunal), la identificación lo hace cada sujeto procesal y la relación sucinta o integral del acto estará a cargo del especialista.
- La acreditación de las partes forma parte de la identificación de las partes dentro del acta. Para ello indicarán, para el audio, sus nombres completos y en el documento de identidad, indicarán, en representación de quien actúan o la condición que tienen en el proceso, la dirección domiciliaria, el número telefónico y correo electrónico.
- El Juez, concluida la acreditación, indicará el objeto de la audiencia e indicará las reglas que permitirá la fluidez de la misma, sobre la base de los principios de celeridad, oralidad, inmediatez y contradicción.

3.1.1. Instalación, desarrollo y conclusión de la audiencia.

- El Juez o Tribunal dará por instalada la audiencia una vez identificado y acreditado a las partes obligadas a actuar en la audiencia.
- Su desarrollo la dirige el Juez y empezará según el tipo de audiencia, según un orden que la propia norma indica. Por ejemplo, la audiencia preliminar la empezará el Fiscal, pero en una audiencia de tutela o control de plazo empezará el abogado del imputado, incluso podría medir los tiempos necesarios para cada uno, siendo flexibles siempre dada las garantías propias del proceso (derecho de defensa).

3.1.2. Técnicas y habilidades de los actores procesales en audiencia

- Las técnicas y habilidades de las partes procesales en audiencia son recursos diversos y necesarios al que deben acudir los litigantes para una mejor presentación del caso o de la pretensión concreta.
- Estas técnicas y habilidades deben estar orientadas a facilitar el entendimiento de la teoría del caso.
- Las habilidades son las capacidades operativas necesarias para la utilización de herramientas mediáticas de comunicación. Los criterios de uso se deben basar en la capacidad de cada operador para utilizar las plataformas de medios de comunicación y de acuerdo a la necesidad.

3.1.3. Reglas en la conducción del debate

- La dirección formal del juicio corresponde al Juez.
- Dentro del juicio, dependiendo si se trata o no de un colegiado, será el Presidente o el Director de debates (artículo 363° CPP) quien dirija la audiencia.
- La dirección del juicio implica conducir su desarrollo, ordenar las lecturas necesarias, hacer las advertencias o apercibimientos legales, recibir juramento y declaraciones, moderar la discusión impidiendo preguntas inadmisibles (artículo 376°.3 NCPP) y limitar el tiempo de duración de las intervenciones o interrumpirlas cuando se presenta abuso en su ejercicio.
- La dirección importa, en todo momento, para garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa, sin coactarlas irrazonablemente.

- La dirección material del debate es aquella que se dirige a la mejor formación de la convicción del Tribunal. Aquí algunos ejemplos:
  - Determinar el orden de la práctica de pruebas (artículo 375°.2 CPP)
  - Disponer el examen separado de los imputados (artículo 377°.2 CPP)
  - Formular excepcionalmente preguntas a testigos y peritos (artículo 375°.4 CPP)
  - Invitar a testigos o peritos que esclarezcan posibles contradicciones (artículo 378°.6 CPP)

3.1.4. Poder discrecional y disciplinario del juez

- Expresa el poder de policía de estrados y disciplinaria del tribunal sobre todos los que asistan al acto oral: partes procesales, otros participantes procesales y público asistente.
- Todos ellos están sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Tribunal (artículo 364° CPP).
- Este poder es el que controla la obligación que tienen todos los que asisten al acto oral de permanecer respetuosamente y en silencio, y de cumplir las directivas que se dictan (están prohibidas muestras de aprobación o desaprobación).
- Los asistentes no pueden llevar armamento u otras cosas aptas para molestar y ofender, ni adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al orden y decoro debidos, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.
- La infracción de estas obligaciones autoriza al Tribunal a expulsar al perturbador e incluso mandar a detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a los jueces y a los demás participantes, sin perjuicio de las acciones penales respectivas. El alejamiento indebido de un imputado, testigo o perito, obliga al tribunal a traerlo por la fuerza pública.
- La expulsión de la Sala de Audiencias puede incluir al imputado y a su defensor. Para expulsar al defensor, previamente, debe apercibírsele, y de hacerse efectiva será reemplazado por el que designe la parte dentro de las veinticuatro horas o, en su defecto, por el de oficio. La expulsión del

imputado obliga a garantizar su derecho de defensa y debe autorizarse su reingreso si las circunstancias o el motivo que lo determinó han cesado, en cuyo caso debe informársele de lo esencial de lo ocurrido en su ausencia, además se le permitirá pronunciarse al respecto.

- Una obligación específica del imputado se produce durante la estación de autodefensa o derecho a la última palabra. Debe ceñirse al tiempo acordado, de lo contrario se le apercibirá de quitársele el uso de la palabra e, incluso, de expulsarlo de la Sala de Audiencias. La lectura de sentencia puede producirse sin su presencia.

- Si durante el juicio se comete un delito público, el Tribunal ordenará la confección un acta específica y ordenará la detención del presunto culpable, poniéndole inmediatamente a disposición del Fiscal adjuntando los antecedentes que correspondan (artículo 365° CPP).

3.1.5. Identificación de tipos de audiencias, por etapa del proceso penal

En investigación preliminar y preparatoria:

- Audiencias que tienen que ver con la búsqueda y obtención de fuentes o medios de prueba.

- Audiencias que controlan los resultados de la restricción de derechos a efectos de la búsqueda y obtención de fuentes o medios de prueba.

- Audiencias que tienen que ver con los mecanismos o medios de defensa que pueda plantear el abogado defensor.

- Audiencias que tienen que ver el pedido de imposición, variación o cese de medidas cautelares.

- Audiencias que resuelven la incorporación de partes al proceso.

- Audiencia de control de plazos.

- Audiencias de tutela de derechos. En la fase intermedia

- La audiencia preliminar de control. En la fase del juicio oral.

- El juicio oral (audiencia principal)

3.1.6. Conclusión de la audiencia. Resoluciones inmediatas del juez

A la conclusión de la audiencia es un imperativo, en algunos casos, la emisión inmediata de la resolución del Juez. En su mayoría, el modelo brinda la posibilidad de resolución inmediata, pero también admite plazos adicionales. El Acuerdo Plenario Nº 6-2011, encontró en el código la siguiente clasificación:

- En 4 supuestos, la resolución debe expedirse en forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71°.4, 266°.2, 271°.1 y 2, y 343°.2 CPP).
- En 55 supuestos aproximadamente, autoriza al juez a dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días) de realizada la audiencia, generalmente impropio (artículos 2°.5, 2°.7, 8°, 15°.2.c), 34°.2, 74°.2, 75°.2, 76°.1, 91°.2, 102°.1y2, 203°.2, 203°.3, 204°.2, 224°.2, 224°.3, 225°.5, 228°.2, 229°, 231°.4, 234°.2, 245°, 254°.1, 274°.2, 276°, 279°.2, 283°, 293°.2, 294°.1, 296°.1, 296°.2, 296°.4, 299°.2, 301°, 305°.2, 319°.c), 334°.2, 352°.1, 450°.6, 451°.1, 453°.2, 478°.1 y 3, 480°.1, 480°.2.b), 480°.3.b), 484°.1, 3 y 6, 486°.2, 491°.2, 491°.3, 491°.4, 491°.5, 492°.2, 521°.3, 523°.6, 544°.3, 557°.4 del CPP).
- Otra posibilidad es que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo que exige su expedición escrita en 8 supuestos aproximadamente (artículos 45.2°, 468°.1 y 5, 477°.3, 420°, 424°, 431°.2, 521°.4, 526°.2).
- En 8 supuestos utilizan una expresión distinta: la resolución se emitirá en el plazo de […] días: 255°.3, 345°.3, 493°.3, 539°.2, 543°.1, 544°.3, 563°.2, 557°.5 CPP, de la que desprende su forma escrita.

3.2. Principales audiencias

3.2.1. En la etapa de investigación preparatoria

Las audiencias en la etapa de Investigación Preparatoria, deben ser orientadas fundamentalmente desde la finalidad de la propia etapa y desde una perspectiva del control jurisdiccional. Así las audiencias para el sistema anticorrupción conforme a sus fines será de:

- Incorporar partes procesales al proceso. Las partes que se consideren legitimadas podrán solicitar su incorporación y esta tendrá que ser resuelta en audiencia.
- La actuación de prueba anticipada. Es una excepción a la actuación de la prueba en juicio, las razones son tasadas y admitida la misma el Juez dirige dicho acto con la participación de todos las partes interesadas.
- Ordenar la restricción de derechos para la búsqueda y obtención de pruebas. Es otra audiencia recurrente en estos casos para obtener prueba, por ejemplo el allanamiento e incautación.

3.2.1.1 Pedidos de medidas de coerción personal

- La audiencia de medidas de coerción tienen como objetivo, a pedido del Fiscal, de restringir en algún nivel (desde el arraigo o comparecencia simple hasta la prisión) la libertad ambulatoria del imputado. Esto para evitar su sustracción del proceso y asegurar su presencia en el juicio oral.
- Estas audiencias incluso podrán realizarse sin la presencia del imputado. No es necesaria su presencia.

3.2.2. En la etapa intermedia

El modelo legal seguido es el de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria realiza un control de legalidad: el Juez en la audiencia verifica la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan el ejercicio del requerimiento fiscal.

Esta etapa tiene dos fases:

Escrita	• Destinada a fijar el marco de la discusión que se realizará verbalmente en la audiencia, cuya base son las actuaciones de la investigación preparatoria, acopiadas en el expediente fiscal (consta de tres pasos: traslados, mociones de las partes y citación a la audiencia)
Oral	• Se inicia con la celebración de la audiencia y concluye con la resolución final respectiva. En ella se cumplen, de modo oral y contradictorio, las funciones asignadas a la misma. Se fija, definitivamente, los hechos y las pruebas sobre las que versará el juicio oral y recaerá la sentencia.

3.2.2.1 Acusación

Es básicamente un control negativo: que ésta tenga un fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena. Delimita el objeto del juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos:

1. El desarrollo de la audiencia es íntegramente oral.
2. No se admiten escritos durante su desarrollo.
3. Debe contar con la presencia ininterrumpida del Juez de la Investigación Preparatoria, del Fiscal, de las partes y la defensa (artículo 351°.1 y 2 NCPP).
4. Garantiza el principio de inmediación la presencia de las partes, que se erige en un requisito de validez de la audiencia.
5. También rige el principio de concentración, pues en la audiencia deben debatirse todas las cuestiones e incidentes planteados por las partes.
6. Rige, además, las demás reglas, en lo pertinente, de la audiencia, tales como el régimen de continuidad.
7. La audiencia no es probatoria. Por tanto, no se actúan pruebas.

3.2.2.2 Sobreseimiento

Al igual que la anterior, la audiencia preliminar de sobreseimiento plasma el principio procedimental de oralidad y concentra la actividad de las partes en la que se debate la procedencia del archivo de las actuaciones. Tres pasos previos deben tener lugar para su realización de la audiencia.

- El Fiscal emite el requerimiento de sobreseimiento y lo acompaña con el expediente fiscal que ha formado como consecuencia de la investigación preparatoria a su cargo.
- El Juez de la Investigación Preparatoria dicta el decreto de traslado a las partes procesales para que se pronuncien sobre su mérito en el plazo de diez días.
- El artículo 345°.2 CPP autoriza a las partes contrarias a formular por escrito oposición al sobreseimiento.
- La oposición, bajo sanción de inadmisibilidad, debe fundamentarse.
- Vencido el plazo del traslado, con la presentación de escritos de oposición o de apoyo al sobreseimiento solicitado por el Fiscal, el Juez de la Investigación Preparatoria emitirá la resolución de citación para la realización de la audiencia preparatoria.
- La audiencia preliminar tiene por objeto el debate de los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento y decidir sobre la oposición. Se instala con las partes que asistan.
- La inasistencia de ellas, o de alguna de ellas, no impide la continuación de la audiencia.
- Con esta finalidad se escucha por su orden a las partes presentes. Rigen en lo pertinente los artículos 89°.3 y 386° CPP, por lo que expondrán, según este orden: el fiscal, actor civil, tercero civil, persona jurídica, abogado del acusado, y acusado.

3.2.3. En el juzgamiento

3.2.3.1. Juicio Oral

El juicio oral se concentra en una o varias sesiones y se desarrolla bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, así como los de igualdad, aportación de parte y acusatorio. La audiencia del juicio oral es la audiencia principal y emblemática del modelo, en ella, como ya se ha dicho se dilucidará las pretensiones de las partes, su desarrollo tiene tres fases:

A. La apertura y los alegatos de inicio. Esta fase tiene los siguientes (artículo 371°) pasos:

- Instalación de la audiencia por el Juez, quien enunciará el número del proceso, la finalidad específica del juicio, el nombre y los demás datos completos de identidad personal del acusado, su situación jurídica, el delito objeto de acusación y el nombre del agraviado.
- Luego, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas.
- Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas.
- Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.
- Culminados los alegatos preliminares, el Juez informará al acusado de sus derechos (es libre de manifestarse sobre la acusación, no declarar o en cualquier momento podrá solicitar ser oído, que en todo momento podrá comunicarse con su defensor).

B. La actuación de las pruebas. En esta fase, el Juez escucha y ve a los órganos, medios o fuentes de prueba y la norma (artículo 375°) prevé un orden:

- Primero se examina (interroga) al acusado. El Juez Penal, escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse las declaraciones de los imputados, si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos. El interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes.

- Luego se actúan de los medios de prueba admitidos (pruebas instrumentales).
- Posteriormente se oralizan de los medios probatorios.
- El Juez, durante el desarrollo de la actividad probatoria, ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío.

C. Los alegatos finales. Esto ocurre una vez concluido el examen del acusado, y se desarrollará en el siguiente orden:

- Primero expone oralmente el Fiscal.
- Luego viene el alegato del abogado del actor civil y del tercero civil.
- Posteriormente el alegatos del abogado defensor del acusado.
- Finalmente, la autodefensa del acusado.
- En el acto de los alegatos no podrán leerse escritos, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria o el empleo de medios gráficos o audio visuales para una mejor ilustración al Juez.
- Si está presente el agraviado y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso.
- Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto.
- Culminada la autodefensa del acusado, el Juez Penal declarará cerrado el debate y proseguirá con la deliberación y la sentencia, con lo que concluye definitivamente la audiencia del juicio oral.

Bibliografía

- **CHINCHAY CASTILLO**, Alcides. S*ujetos Procesales y Partes Procesales.* Lima: 2013. Consulta: 09 de mayo del 2014.

  http://abaroliperu.com/wp-content/uploads/2013/04/Alcides-Chinchay-Sujetos-procesales-y-partes-procesales.pdf .

- **TABOADA PILCO**, Giammpol. *La Separación de funciones del juez en audiencia y en despacho como modelo eficiente de gestión judicial en el sistema acusatorio.* Trujillo: 2009. Consulta: 09 de mayo del 2014.

  http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/GIAMMPOLTABOADA_lasseparacionesfuncionesdeljuez.pdf

- **VARGAS**, Juan Enrique. *Organización y funcionamiento de los tribunales en el nuevo Sistema Procesal Penal*. Consulta: 09 de mayo del 2014.

  http://es.scribd.com/doc/220988250/Organizacion-y-funcionamiento-de-Tribunales-NCPP

Argumentación Jurídica

Profesor: Heber Campos Bernal

1. Presentación

En las líneas que siguen discutiremos varios de los tópicos más importantes de la moderna Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ). La TAJ surge como consecuencia de un replanteamiento de la teoría del derecho imperante. Hasta mediados del siglo XX, la teoría del derecho hegemónica era el positivismo jurídico. Esta concepción del derecho planteaba, entre otras cosas, la separación (fuerte) entre derecho y moral y la existencia de las denominadas fuentes sociales del derecho. Como señala Gustavo Zagrebelsky: "La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exegesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador"[1].

El constitucionalismo plantea, por el contrario, la unión entre derecho y moral y la presencia de los principios como un tipo de normas que conforman el sistema jurídico[2]. Para el constitucionalismo, los principios no aparecen, por tanto, como

[1] ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid, Trotta, 1997, p. 33.

[2] Ibídem.

normas residuales o programáticas, sino como normas vinculantes, ajenas a la voluntad omnímoda del legislador. Los principios, a la luz del enfoque del constitucionalismo, son los que dotan de validez, en un sentido formal y material, a las reglas.

El positivismo jurídico no contaba con una TAJ. En la medida que el único tipo de normas que el positivismo reputaba como válidas eran las reglas y no requerían de una TAJ que justificara su aplicación práctica. Para ello era suficiente con el método del silogismo. El constitucionalismo, en cambio, es impensable sin una TAJ. Los principios, a diferencia de las reglas, son normas, esencialmente, de textura abierta. Su aplicación a los casos concretos no se puede llevar a cabo a través del método del silogismo jurídico.

A continuación, presentaremos las instituciones más relevantes de la moderna TAJ y propondremos algunos casos prácticos que nos permitan ilustrar sus alcances y límites. En la medida que se trata de un estudio introductorio dejaremos para otro momento el análisis de sus problemas y dificultades. Como toda teoría, la TAJ no está exenta de críticas. En esta oportunidad, sin embargo, nos importa poner de relieve sus premisas esenciales.

1.1 Ámbitos de aplicación de la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ)

Si bien argumentamos todo el tiempo, no lo hacemos jurídicamente todo el tiempo. La argumentación es una cualidad innata de los seres racionales. Siempre estamos dispuestos a brindar razones que expliquen –o justifiquen- nuestras conductas.

Cuando digo, por ejemplo, compré ese auto porque me gustó, estoy, aunque inconscientemente, estoy brindando razones que sirven para explicar mi comportamiento. La argumentación en el derecho funciona de manera similar, aunque con una leve diferencia: esta discrimina entre buenas y malas razones de acuerdo a un parámetro externo. Decir me llevé ese auto porque me gustó no parece ser, en ese sentido, un buen argumento para justificar porque lo hice. De la misma manera que decir me llevé ese auto porque era mío, en cambio, parece ser que sí lo es.

La TAJ es una disciplina que nos permite identificar cuando estamos ante buenos o malos argumentos jurídicos.

No quiere decir, claro está, que sea el santo grial del derecho, sino que es una herramienta bastante útil para verificar la corrección de nuestros razonamientos jurídicos. Se trata, en esa medida, de un metalenguaje que, como señalan García Figueroa y Gascón Abellán, "[…] describe la práctica del derecho y a veces prescribe, como debería ser la práctica; pero en todo caso, constituye algo diverso de la propia práctica del derecho"[3].

Manuel Atienza señala que los ámbitos de aplicación de la TAJ son 3[4].

a. El de la producción o establecimiento de normas jurídicas, referido a la creación y modificación de las normas. Este ámbito se subdivide, a su vez, en dos: i) ámbito pre legislativo, referido a la etapa en la que una iniciativa se discute en la opinión pública. Aquí intervienen representantes, líderes de opinión, y los ciudadanos. Y ii) ámbito legislativo, referido a la etapa de creación de las normas propiamente dichas. En esta etapa destacan, sobre todo, los argumentos jurídicos que buscan sustentar la compatibilidad práctica de una norma de rango legal con la Constitución.

b. El de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos. Este se caracteriza por el análisis de cuestiones de hecho o de derecho, llevadas a cabo ya sea, o por los jueces, quienes, en última instancia, son los responsables de resolver los conflictos jurídicos, o por los abogados o litigantes, quienes presentan los mejores argumentos posibles para sustentar sus puntos de vista.

c. Y, finalmente, el de la aplicación dogmática, referido a las opiniones de los especialistas o estudiosos del derecho. Según Atienza aquí cabe distinguir, esencialmente, tres funciones: "1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en las que ella tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; y 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico."

---

[3]GARCIA FIGUEROA, Alfonso, y, GASCÓN ABELLÁN, Marina. La argumentación en el Derecho. Lima, Palestra, 2005, p. 52.

[4]ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho. Lima, Palestra, 2006, p. 28 y ss.

[5]Ídem, p. 29.

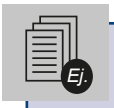
El ámbito de la producción o establecimiento de normas jurídicas se relaciona con las funciones que cumplen los órganos políticos. El Congreso, por caso, cumple en esta etapa un papel significativo. El ámbito de aplicación de las normas jurídicas a la resolución de casos comprende a los órganos jurisdiccionales y a los operadores jurídicos. Esta etapa tiene que ver con la interpretación y aplicación de normas a casos concretos, tomando en cuenta los hechos que los motivan. Nuestro curso versará, centralmente, sobre este ámbito de aplicación de la TAJ. Por último, el ámbito de aplicación dogmático responde al papel que cumple la academia en la sociedad, el cual, según se vea, resulta decisivo para entender el funcionamiento de las instituciones jurídicas y sus vicisitudes.

2. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación

Cuando argumentamos jurídicamente debemos distinguir entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

El contexto de descubrimiento alude a los prejuicios, experiencias, conocimientos desde los cuales pensamos y evaluamos un caso, mientras que el contexto de justificación alude a las razones (traducibles en términos jurídicos) que aportamos para resolver un caso.

Un ejemplo de contexto de descubrimiento es el siguiente: *un juez hincha del club Alianza Lima debe resolver una demanda contra el equipo de sus amores por defraudación tributaria. Como parece evidente, este juez estará predispuesto a darle la razón a su equipo, o, al menos, a pensar que su responsabilidad no es tan grave o que, en el peor de los casos, esta no debería derivar en la disolución o bancarrota de su equipo. Tener prejuicios o experiencias que nos inviten a pensar en un determinado sentido –no siempre ajustado a derecho- no es moral, ni jurídicamente reprochable. De todas formas el juez, como cualquiera de nosotros, es un sujeto moral y, por ende, proclive a tener pasiones y emociones que lo predispongan a actuar de una determinada forma. El problema sería que esas pasiones y emociones se trasladaran al ámbito de lo jurídico. Que el juez no resista la tentación de convertir en derecho lo que no es sino una mera corazonada.*



Un ejemplo de contexto de justificación *sería, por el contrario, que ese mismo juez, pese a su evidente afinidad con el club Alianza Lima, falle en contra de su equipo no porque -por salvar las apariencias- deba hacerlo, sino porque de la revisión del expediente se desprende su responsabilidad. Podría también fallar a favor, ese no es el punto. El punto es que, sea que opte por una u otra salida, las razones que aporte para sustentar su fallo sean plausibles jurídicamente, esto es, que tengan asidero en el ordenamiento legal.*

El contexto de descubrimiento tiene que ver con la primera impresión que nos produce un caso que es puesto a nuestra consideración. Como señalan García Figueroa y Marina Gascón, esa primera impresión no tiene que ser definitiva, puede cambiar a medida que sabemos más del caso o de los motivos de las partes, pero siempre está presente[6]. Decir, como señala el formalismo jurídico, que no existe o que se difumina a partir del análisis de las normas, es un despropósito. Mejor es aceptar, honestamente, que todos los operadores jurídicos, sin excepción, tenemos una predisposición natural frente a determinados temas, que sostener que somos como robots que carecen de emociones y pasiones humanas. Ahora bien, e insisto con la idea, lo anterior no equivale a decir que nos vayamos a quedar con esa primera impresión.

El contexto de descubrimiento pronto se tendrá que transformar en contexto de justificación. Como señalan García Figueroa y Gascón Abellán, el contexto de justificación permite que pasemos por el tamiz de la razón –y el derecho, bien entendido- aquello que en un primer momento era mero prejuicio. En esta etapa estamos obligados a dar razones, a argumentar, de tal forma que pongamos en cuestión nuestras propias creencias. Algunas veces estas pueden coincidir con lo que fallemos, pero otras no. Lo importante en esta etapa es que las razones que aportemos sean traducibles en términos jurídicos, es decir, que sean compatibles con el ordenamiento jurídico en el cual nos hallamos.

[6]GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, y, GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit., p. 149

Cuadro 1

Un buen ejemplo de contexto de descubrimiento podría ser la famosa sentencia que emitió el recordado juez Maizón Urbina en el caso que enfrentó a la Municipalidad de Lima con los comerciantes del mercado de la Parada. El Juez Urbina sostuvo en ese fallo que los comerciantes tenían la razón y que, por consiguiente, la demanda de amparo que interpusieron debía ser declarada fundada. Lo polémico de su sentencia, sin embargo, no fue su parte resolutiva, al fin y al cabo, los desacuerdos en el derecho son previsibles. Lo polémico fue que en varios pasajes de su sentencia el juez Urbina sostuviera, sin el más mínimo rubor, cosas como estas:

> *"Y así funcionó impugnablemente la justicia de Sancho Panza, el que decía la verdad, era dejado ir libremente, en tanto que aquellos que mintieran eran irremediablemente ahorcados, hasta que un buen día llegó un forastero y al ser preguntado del propósito de su visita dijo: Yo vengo a ser ahorcado. Si decía la verdad debía irse libre, pero si era libre había mentido, por todo lo cual Sancho no tenía salida".*

O, como estas:

> *"Jamás accederemos al ansiado primer nivel de desarrollo sino desechamos definitivamente la utilización del engaño, la astucia y el ardid para caer en la indignidad de reemplazar el camino correcto por el coprolálico atajo procedimental, arrastrando con ello a la confundida alcaldesa, que como está escrito en autos, (...) proyecta la imagen de ser rehén procesal de los abogados que la patrocinan y hace lo que ellos le dicen"*

Más allá de la calidad literaria de los párrafos citados –la cual, por supuesto, ponemos en duda- al parecer el juez Urbina no distingue bien entre su opinión personal y las razones jurídicas aplicables al caso concreto. Este error, que en su caso aparece de manera evidente, no resulta, sin embargo, poco común en nuestro medio. Tendemos, en esa medida, a confundir nuestras propias razones, con las razones que, desde un punto de vista jurídico, serían necesarias para dotar de validez a un pronunciamiento judicial.

3. Sistema jurídico y tipos de normas

La argumentación jurídica no surge de la nada. Se desarrolla dentro de un marco jurídico concreto. No todos los sistemas jurídicos son similares. Algunos incorporan instituciones que otros no. En el Perú, por ejemplo, el control de constitucionalidad es difuso y concentrado, pero en Francia es solo concentrado y lo realiza una institución adscrita al Parlamento como es el Consejo de Estado. ¿Esto quiere decir que el sistema de control constitucional francés es mejor que el peruano, y viceversa? No, quiere decir, simplemente, que es diferente. El sistema jurídico presenta peculiaridades acordes con la tradición y el régimen político de cada comunidad en particular. Conocer cuáles son estas instituciones y cuál es la práctica constitucional de los países en los cuales se insertan es vital para argumentar adecuadamente.

Ahora bien, existen algunos rasgos e instituciones que resultan inherentes a todo sistema jurídico. H.L. Hart fue uno de los juristas que de forma más destacada abogó por esta tesis. En su libro "El concepto del derecho" sostuvo que todos los sistemas jurídicos, sin excepción, se componían, esencialmente, por dos clases de reglas: las reglas primarias, y las reglas secundarias[7]. Las reglas primarias eran aquellas que establecían mandatos deónticos, esto es, órdenes, permisos y prohibiciones. Mientras que las reglas secundarias se subdividían, a su vez, en regla de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. Para Hart la unión entre estos dos tipos de normas era, por decirlo en términos amplios, el Derecho[8].

La mirada aportada por Hart, sin dejar de ser cierta, era, sin embargo, incompleta. Fue Ronald Dworkin, a la postre su sucesor en la cátedra de teoría del derecho en la Universidad de Oxford, quien sostuvo que el derecho no se componía solo de reglas –entendidas estas como primarias y secundarias- sino, también, de principios. Para Dworkin, los principios eran un tipo de normas que debían ser observadas "porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad"[9].

[7] HART, H.L.A. El Concepto del Derecho. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

[8] Ídem.., p. 99 y ss.

[9] DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel, 2002, p. 72.

De esta manera, el sistema jurídico se compondría por las reglas –primarias y secundarias de Hart- y por los principios –principios que consagran derechos y directrices- de Dworkin.

Esta distinción entre principios y reglas es vital para comprender el influjo actual de la moderna TAJ. Hasta hace apenas unos años la perspectiva aportada por Hart era la predominante. Bastaba no más con leer los manuales de derecho para saber que el positivismo era la teoría del derecho prevaleciente en el mundo contemporáneo[10]. Esa realidad cambió a medida que tesis como la de Dworkin cobraron fuerza. No es casualidad que un jurista como el colombiano Diego López Medina, por ejemplo, autor de uno de los estudios más serios sobre la cultura jurídica en Latinoamérica y sus transformaciones[11] diga, a propósito de lo que venimos comentando, que una de las consecuencias más notables de aceptar que los principios eran también parte del derecho haya sido un cambio en la forma cómo argumentamos e intercambiamos puntos de vista en derecho. Antes una discusión jurídica se limitaba a identificar con algún nivel de precisión cuál era la norma aplicable a un caso, y en caso de no hallarla, a identificar cuál era el método de integración más apropiado para cubrir esa laguna jurídica. Hoy en día ya no es suficiente con ello, hace falta, además, saber si esa norma es compatible con la constitución, es decir, con los principios que la dotan de validez formal y material.

Una conversación a la luz del paradigma del derecho por reglas era, en ese sentido, más o menos así:

> A: Hay una norma que sanciona el delito de homicidio. Su redacción es la siguiente: “Aquel que mata a otro recibirá una pena de 8 años de privación de la libertad”.
>
> B: Juan mató a su conviviente cuando sostenían una pelea por la manutención de sus hijos.
>
> A: ¿Juan, entonces, ha cometido el delito de homicidio?
>
> B: Por supuesto, la norma es muy clara. Señala “Aquel que mata a otro…” No hay salidas intermedias. Juan deberá cumplir su pena.

[10]Sobre el particular se puede revisar el excelente libro de Manuel Atienza “El sentido del derecho”. Barcelona, Ariel, 2002.

[11]LOPEZ MEDINA, Diego. Teoría Impura del Derecho. Bogotá, Legis, 2004.

Una conversación a la luz del paradigma del derecho por principios era, en cambio, como sigue:

> A: Esta semana se discutirá en el Congreso la iniciativa legislativa presentada por el Congresista Bruce para otorgar derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. Parece que será aprobada.
>
> B: Pero esa norma no es inconstitucional? Es decir, ¿la Constitución no establece, de manera clara, que el matrimonio es entre hombre y mujer? Contrario sensu, y siendo que la unión civil es un sucedáneo del matrimonio, ¿no debería estar prohibida para las parejas del mismo sexo?
>
> A: Esa interpretación es muy restrictiva. La Constitución consagra el derecho a la igualdad. ¿Si las parejas heterosexuales pueden constituir uniones de hecho, por qué no podrían hacerlo también las parejas homosexuales?
>
> B: pues, por eso, porque son homosexuales.
>
> A: Pero eso supone una discriminación. La Constitución establece que el estado no puede discriminar basado en una categoría prohibida. La orientación sexual es una de ellas.

La forma cómo pensamos el derecho a la luz de las reglas y de los principios es muy diferente. Como hemos visto en los ejemplos anteriores en un caso el razonamiento es meramente silogístico. Se trata de establecer si una conducta se ajusta a un supuesto de hecho determinado por la norma. Mientras que en el otro el razonamiento es más amplio e involucra, aunque a los positivistas les cueste aceptarlo, un tipo de reflexión moral[12]. Las reglas constituyen, sin duda, normas jurídicas y su aplicación, en ocasiones, es suficiente para resolver los conflictos jurídicos. Como sostiene Dworkin eso ocurre cuando nos enfrentamos ante los denominados casos fáciles, esto es, aquellos casos donde tanto los hechos como el derecho aplicable resultan pacíficos[13]. Las reglas, sin embargo, no son el único tipo de normas que podemos

[12]NINO, Carlos. Derecho, moral, y política. Barcelona, Gedisa, 2000.

[13]DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 146 y ss.

identificar en un sistema jurídico. Los principios también son un tipo de normas y, según se vea, uno de la mayor importancia. Los principios, como señala Prieto Sanchís, constituyen el parámetro de validez –formal y material- de las reglas[14].

La aplicación de los principios no se puede llevar a cabo, empero, a través del silogismo jurídico. Los principios, a diferencia de las reglas, no poseen un supuesto y una consecuencia cerrados, sino un supuesto abierto y una consecuencia cerrada. La regla "el que mata otro recibirá una pena de 8 años" es muy fácil de comprender. Su supuesto de hecho esta, claramente, delimitado: "El que mata a otro…", al igual que su consecuencia: "… recibirá una pena de 8 años". El principio, en cambio, "todos los peruanos tienen derecho a la igualdad" no presenta las mismas características. Su supuesto de hecho: "Todos los peruanos…" es indeterminado. No tenemos claro en qué circunstancias, ni bajo que contexto "todos los peruanos…" tendrían derecho a algo. Su consecuencia jurídica si bien es un tanto más precisa: "… a la igualdad" adolece también de lo mismo, pues el término "igualdad" es ambiguo y remite a una reflexión moral que puede conllevar en los operadores jurídicos a un grado de incertidumbre muy alto.

Los principios, por ese motivo, se aplican siguiendo el test de proporcionalidad. Cuando un principio colisiona con otro –y en potencia todos los principios pueden hallarse en esa situación- el intérprete tiene que identificar cuál de los dos es el que pesa más. Los principios, en ese sentido, se interpretan de acuerdo a la fórmula del peso, esto es, de acuerdo a las razones jurídicas y fácticas presentes en el caso concreto. Las reglas, por el contrario, se interpretan de acuerdo al criterio todo o nada[15]. Una vez que una conducta se ajusta a su supuesto de hecho típico la aplicación de su consecuencia jurídica deviene inevitable. En otras palabras, no se permiten salidas intermedias. En el caso de los principios la situación es distinta. Cuando dos principios entran en colisión no decimos el principio A –digamos la libertad religiosa- deroga, automáticamente, al principio B –digamos el libre desarrollo de la personalidad-, sino que en el caso concreto en el que ambos entran en colisión uno de los dos prevalece sobre el otro, pero sin derogarlo ni expulsarlo del sistema jurídico. La forma cómo ese razonamiento se lleva a cabo es el test de proporcionalidad.

[14]PRIETO SANCHÍS, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. Madrid, Trotta, 2007. p. 205 y ss.

[15]ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 80 y ss.

Cuadro 2

El Tribunal Constitucional sostuvo en su Sentencia Exp. N° 1417-2005-AA/TC que entre principios y reglas existía una diferencia cualitativa y cuantitativa. Mientras que las reglas se aplicaban de acuerdo al criterio todo o nada, los principios se aplicaban de acuerdo a la fórmula del peso. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, sostuvo que para resolver un caso basado en reglas era suficiente con identificar la norma aplicable a un caso. A diferencia de lo que sucede cuando intentamos resolver un caso basado en principios donde, además de identificar la norma aplicable a un caso, debemos aportar razones que la doten de sentido.

> *"Las distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre "normas regla" y "normas principio". Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.*

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27º de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos "en blanco", es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de "libre configuración de la ley por el legislador", conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales."

4. Contexto de justificación y razones justificatorias

Como vimos líneas arriba hay dos momentos o estadios por los que atravesamos cuando nos enfrentamos a un caso: el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. El contexto de descubrimiento, decíamos, alude al primer impacto, a la corazonada que nos genera un caso cuando lo abordamos por primera vez. Es el momento cuando nuestras pasiones, prejuicios y experiencias hacen su aparición. Cuando ser hincha de Alianza o católico conservador importa. El contexto de justificación, en cambio, alude a la búsqueda de las (mejores) razones para decidir un caso. En esta etapa nuestros prejuicios importan muy poco. Ser hincha de Alianza cuando nos enfrentamos a un caso que involucra al club de nuestros amores es, total y absolutamente, irrelevante.

La TAJ se centra, sobre todo, en el contexto de justificación. Según García Figueroa y Gascón Abellán en el contexto de descubrimiento las razones que importan son las justificatorias no las explicatorias[16]. Las razones justificatorias son aquellas que encuentran en el derecho. Una razón justificatoria es aquella que se basa en algún elemento o aspecto del sistema jurídico. Una razón explicatoria, por el contrario, es aquella que se basa en un impulso, en una mera corazonada. Pongamos, por caso, la siguiente situación: un hombre va por la calle y abraza a una mujer. Un policía lo interviene y le pregunta: por qué abrazó a la mujer. A lo que el hombre responde: porque me gustó. Esta respuesta si bien explica el motivo por el cual el hombre actuó como lo hizo no ofrece ninguna justificación válida de su conducta. Ir por la calle abrazando a todas las mujeres que nos gustan no parece ser, en ese sentido, una conducta permitida por el Derecho. Frente a esa misma situación diferente sería que el policía pregunte: por qué abrazó a la mujer, y el hombre respondiese: porque es mi esposa. La respuesta aportada en este caso, a diferencia de la anterior, sí resulta válida para justificar la conducta del hombre. Si el matrimonio supone una relación de amor mutuo, parece razonable que se den muestras de afecto espontaneas.

[16]GARCIA FIGUEROA, Alfonso, y, GASCÓN ABELLÁN, Marina. Loc. cit.

En el ámbito de la aplicación de las normas para resolver conflictos jurídicos se distingue entre justificación interna y justificación externa (o justificación de primer y segundo orden). La justificación interna hace referencia a la consistencia entre las premisas y la conclusión de un razonamiento jurídico. Si digo, por ejemplo, está prohibido el ingreso de vehículos en el parque, y voy al parque con un vehículo, el que un juez determine que no puedo ingresar al parque es consistente con las premisas en las cuales se apoya su conclusión. Hay una premisa mayor que establece una prohibición, y una premisa menor que establece un supuesto de hecho. Si ambas han sido planteadas de manera lógica la conclusión se desprende lógicamente de ellas.

La justificación externa, en cambio, hace referencia a la verdad o falsedad de las premisas que conforman un razonamiento jurídico. Si digo prohibido el ingreso de vehículos en el parque, y voy con una bicicleta, al margen de que pueda calificar a una bicicleta como un vehículo y, por consiguiente, sancionar que está prohibido ingresar con una bicicleta al parque, lo que debo demostrar es que, en efecto, una bicicleta es un vehículo en los términos que señala la norma. La justificación externa a diferencia de la justificación interna, nos propone, si se quiere, un análisis material de las premisas que conforman un razonamiento jurídico. Como señala García Figueroa y Marina Gascón: “La justificación externa pretende cubrir la laguna de racionalidad que se verifica en los “saltos” o “transformaciones”. Por ello el campo propio de la interpretación es la justificación externa”[17].

Bibliografía

- **ALEXY**, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- **ATIENZA RODRIGUEZ**, Manuel. Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 1-26.
- **ATIENZA**, Manuel. El sentido del derecho. Barcelona: Ariel, 2002.
- **DWORKIN**, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel, 2002.
- **GARCIA FIGUEROA**, Alfonso, y, GASCÓN ABELLÁN, Marina. La argumentación en el Derecho. Lima: Palestra, 2005.
- **HART, H.L.A**. El Concepto del Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- **LOPEZ MEDINA**, Diego. Teoría Impura del Derecho. Bogotá, Legis, 2004.
- **NINO**, Carlos. *Derecho, moral, y política.* Barcelona, Gedisa, 2000.
- **PRIETO SANCHÍS**, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho.* Madrid, Trotta, 2007.
- **ZAGREBELSKY**, Gustavo. *El derecho dúctil.* Madrid: Trotta, 1997.

[17] Ídem., p. 158

Litigación Oral en los Delitos de Corrupción de Funcionarios

Profesor: Joel Segura Alania

1. Introducción

El presente curso está orientado a mejorar el desempeño de los operadores del sistema de justicia en su participación en las audiencias orales, públicas y contradictorias que establece el Código Procesal Penal, para lo cual se les proporcionará los conocimientos teóricos y, principalmente, prácticos de las principales características de la oratoria jurídica. Asimismo, se reforzará sus conocimientos teóricos y prácticos en la Teoría del Caso como una herramienta estratégica para probar los hechos materia de Acusación, así como la forma de sustentar oralmente el caso en los alegatos de apertura, cómo organizar y ofrecer la prueba, el examen y contra examen de testigos y peritos, la incorporación de la prueba material o documental y los alegatos finales, aplicados a los procesos de corrupción de funcionarios.

2. La oralidad en el Código Procesal Penal

2.1 Alcances

El Código Procesal Penal, en su Título Preliminar, solo menciona la oralidad para referirse al juicio previo, público y contradictorio, siempre desarrollado conforme a

las reglas que define (artículo I.1). Desde esta perspectiva, la oralidad está consagrada como una forma de expresión de los actos procesales del juicio oral (artículo 356° CPP)[1].

A partir de ello, toda petición se argumenta oralmente, de manera que las resoluciones se fundamentarán en lo debatido en la audiencia. Además, la prueba se ejecuta oralmente y esta se expresa en todas las audiencias legalmente previstas.

2.2 Importancia y beneficios

La oralidad es imprescindible para que el juez pueda percibir por sí mismo los resultados de la prueba, sin ninguna clase de intermediarios (principio de inmediación).

El principio de oralidad exige que la etapa principal del proceso y toda decisión relevante se deba desarrollar en un ambiente de discusión argumentativa entre las partes. Pero no es un principio autárquico, sino que integra un sistema formado por series respectivas de principios entre sí coordinados, como son: la 'publicidad', 'inmediación' y 'concentración'.

La oralidad es un principio fundacional del proceso. Es decir, el principio de oralidad informa y estructura el proceso penal. En esta línea, el principio de oralidad impone ciertos principios sustanciales en el método de la toma de decisiones jurisdiccionales. Los principios de inmediación, celeridad, concentración, continuidad y, especialmente, la publicidad y la personalización de la función judicial, adquieren un vigor inusitado mediante la oralidad, determinando el contenido de las decisiones que se toman en un contexto oralizado, elevando la calidad de sus decisiones[2].

[1] Acuerdo Plenario N° 06-2011/CJ-116, FJ 8, 2° párrafo

[2] BOVINO, Alberto. La Oralidad en el Procedimiento Penal. Disponible en: http://www.abogados.com.ar/en-busca-de-un-nuevo-codigo-penal/363. Revisado el 29 de abril de 2014.

3. Oratoria jurídica

Lo que desarrollaremos en adelante, respecto a este acápite, corresponde al texto elaborado por CHECCHI AND COMPANY CONSULTING Colombia (contratado por USAID para Colombia), denominado **"Habilidades comunicativas del defensor en el juicio oral"**. En ella, se entiende a la oratoria como una ciencia de la persuasión oral, y así también lo consideramos, es un ejercicio ordenado que contiene reglas y principios que se pueden aprender. Para aprender a persuadir, es necesario educarse, adquirir conocimientos al respecto.

Atienza acierta al decir que nadie duda que el ejercicio de la profesión de abogado "consiste, de manera muy fundamental, en argumentar y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un "buen jurista" tal vez sea la **capacidad para idear y manejar con habilidad argumentos**[3].

La oratoria será un auxiliar poderoso para que el Tribunal acepte sus ideas y resuelva según sus criterios y libre determinación (racional y razonable), disminuyendo al mismo tiempo con habilidad el valor de los argumentos contrarios. La oratoria es el arte de hablar con organización y método para poder transmitir ideas de una manera clara que pueda influir o persuadir al auditorio (el juez) para que acepte nuestras pretensiones.

3.1 Características

Las características de la oratoria jurídica son las siguientes:

- **Comunicación:** la comunicación es interpersonal cuando nos dirigimos a otra persona. Saber exponer hace alusión a la habilidad comunicativa, que tiene que ver con la capacidad para hablar y escuchar, actividades principales de la comunicación. La audiencia está reglada de tal manera que alguien hable para que otros escuchen. El fiscal y el defensor deben estar en capacidad de expresar sus ideas con claridad, lo cual supone mejorar las capacidades para comunicar.

[3]ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 19.

El juez debe tener la capacidad para escuchar, porque sin este presupuesto de nada sirve el debate. Por tanto, podemos destacar que la comunicación es un arte, que tiene reglas, técnicas y principios que pueden ser aprendidos para mejorar la capacidad comunicativa.

- **Persuasión:** la oratoria necesita siempre un sólido fondo de doctrina, porque sin conocimientos adecuados del asunto por tratar, todos los esfuerzos para parecer elocuente quedan reducidos a charlatanería y hojarasca verbal. El dominio de la oratoria se logra por la previa preparación y el conocimiento del tema que se desea tratar, que nunca puede ser el fruto de la improvisación del momento.

  Un primer aspecto decisivo, por lo cual se debe ser muy cuidadoso, es en la búsqueda de las razones que respalden nuestra tesis o nuestra teoría del caso, para que la intervención en las audiencias públicas sea una de forma fundamentada. Es importante bucear hasta lo profundo tras los argumentos y las pruebas que permitan defender seriamente nuestra posición. Esas razones las vamos a encontrar en diversas fuentes, que pueden ser jurídicas o extrajurídicas.

- **Expresión oral y corporal:** el lenguaje no verbal tiene que ver con la expresión corporal. Las acciones corporales no verbales son un complemento de la voz, que tienen importancia en la oratoria porque comunican, transmite información hacia el receptor o receptores. La expresión corporal es la técnica de expresar un actor, bailarín, orador, etc., algo por medio de gestos y movimientos, con independencia de la palabra.

  Quien habla en público debe tener en cuenta que la comunicación gestual también es expresiva y tiene significado, por eso puede ser interpretada e incidir en la labor persuasiva. Dentro de las acciones o habilidades de comportamiento no verbales que contribuyen a transmitir el mensaje están los gestos y la expresión facial, el contacto visual, la postura y los movimientos, la imagen y el aspecto personal.

  Al analizar estos temas se debe procurar ser natural, mantener espontaneidad y sencillez en el trato y el modo de proceder; sin que esto implique que abandonemos ciertos comportamientos que es posible perfeccionar o cambiar y que puedan influir en la calidad de nuestras intervenciones orales, para lo cual es fundamental tener conciencia de sí mismos para observar nuestras expresiones, nuestro modo de actuar, los movimientos, los gestos, etc.

3.2 Principales cualidades del orador

Las cualidades que debe tener un orador en un juicio oral son las siguientes:

- **Seguridad:** la comunicación interpersonal tiene su relación con la psicología, pues ejerce su influencia sobre las demás personas, ya sea de manera positiva o negativa. Hay personas que defienden sus ideas con serenidad y seguridad. Otras son irascibles. Otras muestran temor, falta de confianza en sí mismas, no defienden sus ideas. De todas maneras quien se compromete a dirigirse a un auditorio debe hacerlo con confianza y seguridad.

  Es importante establecer lo que se va a decir, definir los objetivos y obtener la información que se va utilizar, luego viene el segundo paso, la disposición (donde decir), que tiene que ver con la organización y la estructura de los alegatos. Se ordena lo que ha de ir al principio y lo que hay que situar después o al final, lo cual dada su importancia didáctica amerita dedicarle tiempo suficiente, porque el discurso ordenado tiene varias ventajas, puede ser más breve, por cuanto cada tema está delimitado; mejora la seguridad del orador y ofrece mayor credibilidad.

- **Elocuencia:** al abogado no le bastan los conocimientos de hecho y de derecho para persuadir. El orador requiere cultivar sus habilidades comunicativas, nadie puede pensar que la elocuencia es pura inspiración, como un don divino. Por creer en eso no se realizan los esfuerzos para mejorar. Por pensar que es un don natural, se toma el camino equivocado de la pasividad. Tienen su importancia las dotes naturales, pero el trabajo incesante puede perfeccionar los dones.

  Quienes han de actuar ante los tribunales deben ejercitarse en la elocuencia forense, conocer sus reglas y perfeccionar en la práctica con el constante estudio, el personal estilo oratorio. La educación oratoria, al actuar sobre hombres plenamente formados en todo lo que significa una carrera universitaria, impedirá que estos tengan que reprocharse a sí mismos el carecer del don de la comunicación.

- **Iniciativa:** implica el acto de adelantarse a los demás en hablar. Es una cualidad personal que involucra una ventaja competitiva. El orador debe pensar siempre que “la iniciativa es del interesado”, si anhelamos el logro de un objetivo no se puede confiar en la voluntad divina o buena voluntad de las personas, se trata de que como interesados debemos intervenir directamente en la concreción de los objetivos.

- **Honestidad:** es una cualidad que implica un proceder recto honesto del orador, es un actuar que no se aparta de los cánones de la moralidad establecidos por la profesión (Código de Ética del Abogado). Debemos considerar que la falta de honradez significa una falta moral a la profesión y al desprestigio de nuestra persona. La honestidad es un activo esencial.

- **Sentido de autocrítica:** para mejorar la práctica se debe grabar en video y luego ver y escuchar a conciencia para autocriticarse. La posibilidad de ver y de oír sus intervenciones orales permite perfeccionar sus habilidades. Escucharse a sí mismo con objetividad y sinceridad permite una autocrítica, mirar la corrección de sus movimientos, el timbre poco apropiado de su voz, las muletillas, las dubitaciones, etc.

- **Conocimiento y dominio de la materia:** el ejercicio de la defensa requiere no solo del conocimiento de las fuentes del derecho (materias concretas o especializadas) y de los métodos de interpretación (hermenéutica); demanda también de un conjunto de habilidades pertenecientes a diversas disciplinas: la calidad idiomática, el rigor lógico conceptual, la narración, la demostración, la comunicación, la argumentación, la refutación y la sensibilidad por lo humano, verdadero, justo y equitativo, entre otros.

4. Técnicas de litigación oral

4.1 La Teoría del Caso

Es la tesis o la pretensión (término propio conforme a nuestra tradición) que las partes dan a los hechos que son objeto de investigación. Lo que se pretende que el juez crea es la versión que de los hechos ofrece cada sujeto procesal. La teoría del caso supone que cada parte toma una posición frente a los hechos, la evaluación de las pruebas y la calificación jurídica de la conducta.

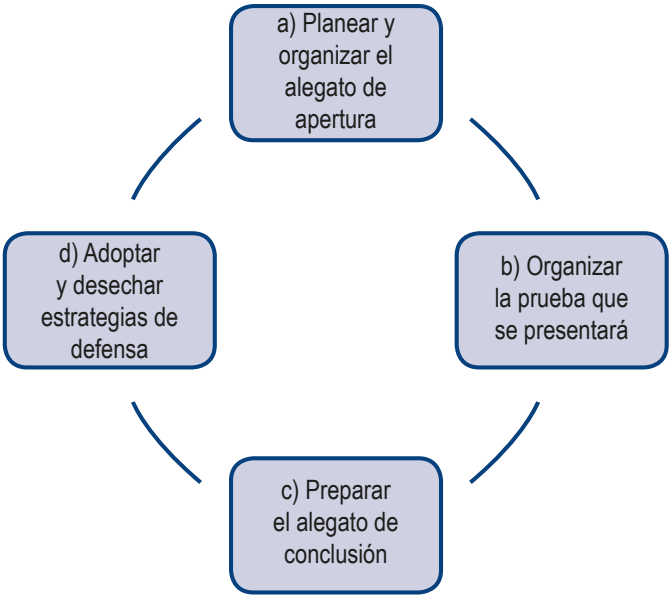
Es una herramienta importante para planear la actuación en el proceso y permitirá que se verifique el desempeño durante el debate oral, y concluir adecuadamente en el alegato final. Casi siempre se exige que la postulación de la teoría del caso o la pretensión sean sencillos, lógicos, creíbles, suficiencia jurídica y flexible.

La teoría del caso se comienza a elaborar desde el primer momento de que se tiene conocimiento del hecho. Si es la Fiscalía para definir hipótesis e ir precisando cuales son los requisitos de hecho exigidos por la norma que eventualmente habría que aplicar, para iniciar la búsqueda de la prueba que confirme la existencia de esos hechos jurídicamente relevantes. Si es el defensor para saber cuál es su estrategia defensiva, que fundamentos tiene el asunto para demostrar la inocencia o cuál es el grado de compromiso del imputado para examinar la posibilidad de negociar. Es decir, se deben considerar si están reunidos los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, recordando que cada uno de estos supuestos exige a su vez requisitos que hay que analizar y probar.

La teoría del caso se compone de tres elementos: lo jurídico, lo fáctico y lo probatorio. En general consiste en tratar de construir proposiciones fácticas adecuadas y encuadradas a cada uno de los presupuestos y elementos del tipo penal, el relato debe calzar al tipo y sobre todo su sustentación en medios de prueba.

La importancia de la teoría del caso radica en que posibilita construir la historia con significado penal relevante.

En esta medida, la teoría del caso ayuda en lo siguiente:



Debido al valor que representan para el juicio oral las habilidades relacionadas con la comunicación, tales como la oratoria, la argumentación, la refutación y el diálogo, indispensables para asumir de mejor manera las diversas audiencias, es necesario tomar conciencia acerca de la necesidad de la preparación de los abogados en estos temas.

4.2 Principales audiencias previas al juicio oral

4.2.1 Prisión preventiva

En esta audiencia, el litigante debe concentrarse en acreditar sustento para dicha petición, no se trata de producir la prueba sobre la ejecución del hecho –que se debatirá en el juicio oral- sino de recordar que la finalidad de esta audiencia es completamente distinta a la del juicio oral. La idea es procurar verificar si existen elementos que obliguen a restringir la libertad del imputado para garantizar la continuación del proceso. La realización del análisis del caso (teoría del caso) proporcionará un dato importante sobre la probabilidad de la solicitud de la medida cautelar, basado en la alta probabilidad de que el caso llegará a juicio oral y la existencia de un riesgo para la realización del juicio sino se aplica la medida cautelar[4].

4.2.2 Control de plazo de la investigación preparatoria

Con esta audiencia se expresa el rol fundamental de la defensa del imputado, así como el exigir un estándar al procedimiento como es la razonabilidad del plazo y la observación de los plazos establecidos para la investigación preliminar y preparatoria.

El objeto en esta audiencia no es discutir el fondo del caso, sino de observar el cumplimiento de plazos o la razonabilidad de las mismas.

4.2.3 Audiencia de control Preliminar

Dentro de todas las audiencias esta es una de las más importantes, aquí el Juez realizará un control solo formal de la acusación o del sobreseimiento. El objeto de discusión es si la acusación o sobreseimiento cumple con todos los presupuestos: formales y de razonabilidad (suficiencia). No debe con-

fundirse con el juicio oral, no hay alegaciones sino esta la precisión de qué cargos se discutirán en el juicio y contra quienes son estos cargos, además si cuenta dicha imputación con pruebas legales, idóneas y suficientes que justifica pasar a la siguiente etapa. El objeto es controlar los resultados de la investigación preliminar, es decir, que tanto se logró acopiar como prueba y si estos respetaron las normas de procedimiento en su obtención.

4.3 Audiencia de juicio oral

4.3.1 Alegato de apertura

Consiste en la presentación de la Teoría del Caso de la fiscalía, de la defensa, del actor civil y tercero civil responsable. Comprende un resumen de los hechos o de sus pretensiones, sus argumentos jurídicos y las pruebas que demostrarán su caso.

La intervención oral es breve y va encaminada a enterar por primera vez al juez de las pretensiones, para lo cual las partes deben presentar una narración convincente de los hechos, enunciar nítidamente la posición que se va a fundamentar y las pruebas que se van a practicar para darle sustento a la teoría del caso.

Conforme al artículo 371.2 del CPP se darán inicio a los alegatos preliminares, en el siguiente orden:

El Fiscal	que expondrá de forma **resumida** los hechos objeto de acusación, calificación jurídica y pruebas que ofreció y fueron admitidas
Los abogados del Actor Civil y del Tercero Civil,	quienes expondrán de forma **concisa** sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas
El defensor del acusado	expondrá **brevemente** sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas

En el alegato de apertura solo se presentan hechos y no conclusiones de la prueba que aún no se han presentado al juicio. Tiene que ver con las afirmaciones fácticas que queremos que acepte el juzgador para establecer lo jurídico.

Nada de opiniones personales, de lo contrario la Teoría del Caso tendrá poca credibilidad y fuerza en su planteamiento. No se debe exagerar la prueba, puesto que promete en el alegato lo que no se va a cumplir con probar en el juicio, deteriorará la credibilidad del abogado y de la Teoría del Caso.

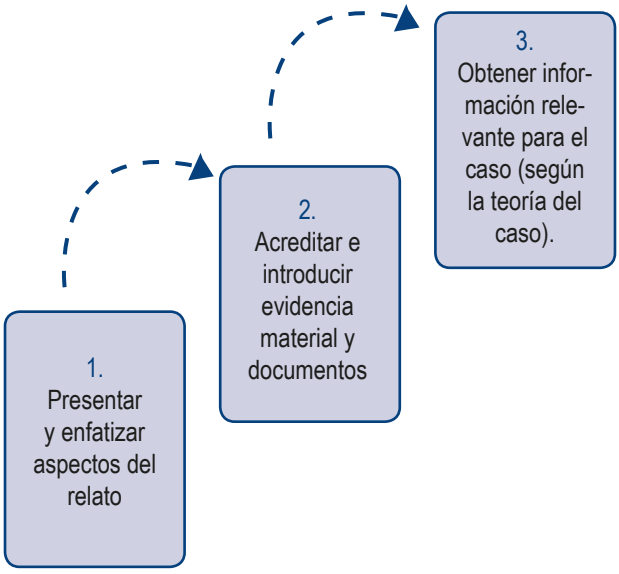
Lo jurídico consiste en el análisis de los elementos de derecho de lo que queremos establecer. Para el defensor, significa examinar los elementos de la conducta punible, para establecer si hace falta alguno de ellos.

En conclusión, el alegato de apertura se trata de formular la pretensión concreta, a partir de los hechos expuestos o tesis. El Fiscal, el actor civil, el tercero civil responsable –si lo hubiere- y la defensa concluirán solicitando una pena, consecuencia accesoria, inhabilitación, reparación civil, de acuerdo al objeto del proceso de cada uno.

4.3.2 Examen Directo

El examen directo constituye la herramienta adecuada para construir nuestro relato de los hechos, partiendo de la prueba concreta Si bien a través del examen directo presentamos nuestra narración o relato de los hechos, ésta no es una narración cualquiera, pues buscaremos obtener proposiciones fácticas del testigo, que nos permitan acreditar los postulados jurídicos que conforman la Teoría del Caso.

Es importante plantear objetivos como:



4.3.3 Técnicas de entrevista

Realizar la entrevista preliminar a la declaración del testigo le permitirá identificar si en verdad se trata de un testigo valioso, que pueda aportar al esclarecimiento del hecho delictivo, o por el contrario, si se trata de informantes dudosos o sospechosos o simplemente que pretenden serlo por alguna razón.

Entreviste siempre por separado a cada testigo y evite que éstos se comuniquen entre sí antes de ser entrevistados. Preguntar a cada testigo si conoce a los otros, así usted podrá obtener información y saber si tienen algún motivo para mentir.

Es importante que se comience la entrevista con una conversación informal para dar confianza al testigo. Una vez logrado esto, si es necesario, explíquele que se tomarán notas de su declaración. Una regla de oro es prepararse bien para la entrevista, proyecte tranquilidad y confianza, entre otros.

4.3.4 Preparación de testigos

La preparación de los testigos no tiene como propósito el sugerir una coartada ni obligarlos a aprenderse una versión de los hechos para engañar a los jueces.

Preparar al testigo significa:

1. Indicarle cómo es una sala de juicio.
2. ¿Cuál es el procedimiento?.
3. ¿Cuáles de las reglas más importantes le afectan como testigo?
4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos de su declaración y cómo podrían afectar a otros o a él mismo?
6. El abogado no es el protagonista
7. El testigo es el personaje principal
8. Cuándo puede hablar y cuándo no con otras personas dentro y fuera de la sala.
9. Cuándo se puede ir y cuándo no
10. Qué derechos y deberes tiene.

Explicarle qué es lo que se busca con su testimonio, que no es otra cosa que reconstruir la historia según lo que él pudo percibir. Aquí hay que aclararle que no interesan sus opiniones ni su parecer personal sobre el asunto.

4.3.5 Estructura del examen directo

Para que el testimonio brindado por mi testigo sea creíble, antes de obtener un buen relato, debo acreditarlo. El testigo, por sí solo, debe poder producir en el juzgador la sensación de que aquel, es un individuo creíble [Acreditación: Presentación del testigo, Antecedentes, importancia de su testimonio, entre otros].

En la presentación del relato se debe cuidar:

Orden

- Debo dirigir a mi testigo de modo tal, que éste pueda brindarme relato que necesito en orden cronológico.

Relevancia

- Debo dirigir a mi testigo a los aspectos relevantes a mi Teoría del caso.

Planificación

- No debo buscar versiones sobre aspectos no analizados con anterioridad; es decir, debo evitar buscar aquello que no se cómo puede resultar.

4.3.6 Contra examen

Es el trabajo que se hace con los testigos presentados por la contraparte. Lógica central del contraexamen es la lógica de la contradictoriedad, por el cual se busca encontrar datos que apoyen una tesis o advertir de que se trata de un testigo falso, esto a partir de examinar a fondo la versión del testigo.

Solo vale la pena contraexaminar si obtengo algo nuevo o distinto. No es eficaz si el testimonio quedó intacto o quedó más fortalecido.

4.3.7 Examen y contra examen de testigos y peritos

Se trata de método propio del carácter contradictorio del juicio oral y del ejercicio del derecho de defensa. Consiste en el hecho de que las partes pueden confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados en juicio.

Baytelman señala que, para que la información que se introduce en el juicio sea mínimamente confiable, debemos ponerla a prueba, debemos procurar que alguien haga todo lo posible por falsearla, por demostrar que no sea exacta o que hay aspectos de ella que pueden ser interpretados de otra manera, si ella supera este test con éxito, entonces se tratará de información de alta calidad[5]. El examen y el contra examen resultan convirtiéndose en un test de veracidad de la prueba actuada en el juicio.

4.3.8 Prueba material y documental

Nos estamos refiriendo a ciertos objetos o documentos que deberán ser exhibidos en el juicio oral y estos deben ser capaces, por sí mismos, de acreditar ciertos hechos (por ejemplo una fotografía (como imagen vale más que mil palabras).

La prueba material y documental son recogidas e incorporadas en la investigación preparatoria, luego son examinados en una audiencia preliminar y su actuación debe realizarse en el juicio oral. Esto es la regla general, que tiene una excepción para el juicio, que se trate de prueba nueva.

4.3.9 Objeciones

Es el mecanismo para manifestar la disconformidad con actividades de la contraparte. Significa poner reparos a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir al proceso por alguna de las partes o por el Juez. Las objeciones deben utilizarse también en la audiencia preparatoria a fin de que no lleguen a la audiencia pública pruebas improcedentes.

[5] BAYTLEMAN, Andrés y otros. El juicio oral. En nuevo Código Procesal Penal. Sanatigo: Editorial ConoSur, 2000, p. 247

Es uno de los tipos de litigación más complejos de controlar, porque enfatizan fuertemente la contradictoriedad del debate. Tiene algunos presupuestos:

Oportuna	Específica	Fundamento correcto
• Debe ser aplicada en el mismo instante en que se produce la situación que da origen a este mecanismo (Fontanet)	• Puntualizar expresamente qué es lo que se objeta. De lo contrario, la objeción será inválida. No se trata de dar un discurso, sino señalar la causal específica que se invoca (Baytelman y Duce)	• Argumentar correctamente de cara al derecho probatorio o procesal penal aplicable, de lo contrario no precederá la objeción.

Aquí algunos tipos de preguntas: **sugestivas** (inducen al testigo a la respuesta); **capciosas** (pretenden desviar al testigo del relato de los hechos a base de artificios o engaños); **ambigua**, **confusa o vaga** (su defectuosa formulación no permite que el testigo comprenda con claridad cuál es el tema que efectivamente se indaga); **impertinentes**, **irrelevantes o inconducentes** (solo se obtiene información intrascendente o irrelevante); **de opinión o conclusivas** (los testigos deben declarar sobre los hechos, sobre lo que vieron u oyeron, pero no deben emitir opiniones sobre ellos); **repetitivas** (cuando previamente la pregunta ya fue formulada, y producto de ello, se obtuvo una respuesta directa y clara); **compuestas** (formulación de dos o más preguntas en una sola, que a su vez involucran varios hechos, generando finalmente confusión en aquel); **especulativa** (este tipo de pregunta crea una hipótesis a ser confirmada o negada. Distrae al testigo respecto de lo que percibió y recuerda); **argumentativa** (llevan inferencias o deducciones lógicas que el examinador pretende resaltar; argumentos para que el testigo se limite a confirmarlos o rechazarlos); **prueba de referencia** (el testigo proporciona información de la que no ha tenido personal conocimiento. La conoció por referencia de otra persona (de oídas).

En la audiencia pública las objeciones adquieren mayor importancia al definir en muchas ocasiones la suerte del proceso. Lo fundamental es el ejercicio dinámico de la potestad de dirección de la audiencia por parte del juez para el esclarecimiento de los hechos y la desviación de las pruebas a temas inconducentes.

4.3.10 Alegato final

Para el alegato final (última oportunidad de las partes para convencer con el caso) es importante considerar elementos clave, como el hecho de que el discurso debe ser **coherente** (para ello se sugiere preparar el alegato desde las conclusiones), **creíble** (se estará de cara al principio de libre valoración de la prueba), **simple** (explicar y argumentar cómodamente todo lo que el juicio produjo), y suficiencia jurídica.

Leticia Lorenzo recomienda que la mejor forma de definir un alegato final es considerándolo como un proyecto de sentencia, entonces para hacer un buen alegato final es esencial haber realizado una buena actuación durante el transcurso del juicio. No es un momento mágico, en la cual se despertará y podrá salvar una mala actuación en el juicio. Finalmente es el único ejercicio argumentativo que los litigantes podrán realizar durante todo el juicio[6].

La discusión final no se concreta a repetir la prueba presentada, sino a exponer el análisis lógico de la misma con referencia a las conclusiones deducidas. En el análisis de la prueba e inferencias es necesario argumentar los hechos y la prueba favorable no controvertidos para después referirse a la prueba controvertida y utilizarlos como apoyo.

En algunos casos la prueba controvertida se sustenta con: la prueba no controvertida, la lógica, el sentido común, la psicología, y el conocimiento científico.

El análisis de la prueba para las partes procesales es un punto clave para la sustentación de la teoría del caso (pretensión), la afirmación de las preten-

[6]LORENZO, Leticia. Manual de Litigación. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

siones se sostiene en la observación de los documentos y la escucha de los testimonios u opinión experta. Es importante evaluar el estándar de la prueba que se tiene así como su idoneidad y pertinencia.

La prueba más fuerte debe servir como base para analizar y argumentar en la discusión final tomando en cuenta que existen debilidades a las cuales se les puede sacar partido por lo que deben ser enfrentadas y no evadidas, lo cual pude acrecentar el aspecto ético ante el tribunal, porque muchas veces la debilidad es un elemento probatorio que opera en sentido negativo y puede representar un punto a favor de la contraparte.

La argumentación tiene que iniciarse argumentando los puntos fuertes en forma honesta y franca para continuar con las debilidades del caso. Los puntos débiles deben plantearse de forma favorable al caso, de manera que cuando sea discutida por el oponente se minimice el impacto negativo.

Si bien el CPP no regula expresamente las objeciones, lo hace en cierta medida en los artículos 84.6, 86.2, 87.4, 88.4, 119.1, 163. 1 y 2, 166.2 y .3, 170.6, 362, 376.2.b. c. d, 376.3. 378.2 y 378.4 in fine. Ante la insuficiencia en su regulación, es preciso recurrir a textos especializados.

Bibliografía

- **ATIENZA**, Manuel. Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 19.
- **BAYTELMAN**, Andrés y Juan Enrique VARGAS. Habilidades y destrezas de los Jueces en la conducción y resolución de los Juicios Orales. Chiapas: 2009. Consulta: 09 de mayo del 2014.

  https://www.yumpu.com/es/document/view/14147919/habilidades-y-destrezas-de-los-jueces-en-la-conduccion-y-resolucion
- **BOVINO**, Alberto. La Oralidad en el Procedimiento Penal. Consulta: 09 de mayo del 2014.

  http://www.abogados.com.ar/en-busca-de-un-nuevo-codigo-penal/363
- **BAYTLEMAN**, Andrés y otros. El juicio oral. En nuevo Código Procesal Penal. Sanatigo: Editorial ConoSur, 2000, p. 247

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional
www.usaid.gov

idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

APROXIMACIÓN MULTIDISCIPLINARIA PARA EL PROCESAMIENTO DE CASOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ