

LUCHA ANTICORRUPCIÓN Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

GIUSEPPE M. MARZULLO CARRANZA
COORDINADOR



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General
del Estado

Los colores de la PGE N.º 2

LUCHA ANTICORRUPCIÓN Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Giuseppe M. Marzullo Carranza
Coordinador



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General
del Estado

Serie: Los colores de la PGE N.º 2

Lucha Anticorrupción y Defensa Jurídica del Estado

Primera edición digital, noviembre 2024

Editado por:

© **Procuraduría General del Estado**

Centro de Formación y Capacitación

Calle Germán Schreiber 205 - San Isidro, Lima, Perú.

Telf.: (01) 7485417, anexo 108

Correo electrónico: centrodecapacitacion@pge.gob.pe

<https://www.gob.pe/procuraduria>

Procuradora General del Estado

María Aurora Caruajulca Quispe

Equipo Editorial

Alfonso José Carrizales Dávila

Liliana Giovana Orellana Chipana

Lilibeth Jazmín López Altamirano

Diagramación

Ayrton Alexis Minchan Clavo

Diseño de portada

Estefani Elva Areche Mamani

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N.º 2024-12367

Publicación disponible:

<https://aulavirtualcfc.pge.gob.pe/course/view.php?id=315>

El contenido de este documento es de responsabilidad de sus autores y no necesariamente refleja el punto de vista de la Procuraduría General del Estado.

Reservados los derechos. Se autoriza reproducir el material de esta edición, citando como fuente el libro *Lucha Anticorrupción y Defensa Jurídica del Estado*.

ÍNDICE

Presentación	5
Contenido	8
En la lucha contra la corrupción pública ¿Qué falta?, por <i>Ronald Vilchez Chinchayán</i>	10
La colaboración eficaz como instrumento de lucha frente a la corrupción, por <i>Roger Renato Vargas Ysla</i>	30
El delito de colusión en el Perú. Análisis típico y jurisprudencial, por <i>Pedro José Alva Monge</i>	77
¿Puede haber complicidad en el delito de colusión fuera de los particulares “terceros interesados” que se coluden con el funcionario público? Un análisis a partir de lo expuesto en la casación N.° 661-2016/Piura, otros pronunciamientos judiciales con distinta postura y las concepciones dogmáticas sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber, por <i>Christian Iván Morillas Zavaleta</i>	104
La participación del extraneus en el delito de negociación incompatible. Análisis dogmático y jurisprudencial, por <i>Luis Angel Delgado Flores</i>	126
La responsabilidad penal de la persona jurídica, retos y perspectivas, por <i>Julio César Tapia Cárdenas</i>	143
Principales instituciones de la imputación jurídico penal al interior de estructuras societarias complejas, por <i>Daniel Ramos Yrigoyen</i>	156
Facultad de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción para solicitar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú la medida de	171

congelamiento administrativo de fondos, por <i>Denis Gabriel Romani Seminario</i>	
La prueba de referencia en el ordenamiento procesal penal peruano – en particular: sobre el testigo de referencia, por <i>Giuseppe M. Marzullo Carranza</i>	188
Sección Internacional	215
El delito de tráfico de influencias, por <i>Amy Karina Román Bryan</i>	217
Convenios internacionales y legislaciones domésticas anticorrupción: un ensayo comparativo entre Brasil y Perú, por <i>Lucio Alves Angelo Jr. y Rafael Ferro Angelo</i>	241
El arbitraje como herramienta para luchar contra la corrupción – Retos y posibles soluciones, por <i>Antonio Gordillo Fernández de Villavicencio y Nicolás Cely Bustacara</i>	256

PRESENTACIÓN

La Procuraduría General del Estado se complace en presentar el segundo libro de la serie "Los colores de la PGE", titulado "*Lucha Anticorrupción y Defensa Jurídica del Estado*", coordinado por Giuseppe Marzullo Carranza. Esta obra constituye una herramienta esencial para fortalecer la lucha contra la corrupción en el Perú, proporcionando análisis profundos y reflexiones jurídicas orientadas a optimizar la defensa de los intereses del Estado.

La corrupción, como fenómeno global, representa uno de los mayores desafíos para las democracias contemporáneas. En el Perú, este problema ha generado un impacto significativo en la gobernanza, la confianza ciudadana y el desarrollo económico. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, durante los primeros seis meses del año 2024 se registraron 6294 casos de corrupción en trámite a nivel nacional, superando la cifra de 5779 casos registrados durante el segundo semestre de 2023, con un incremento del 9%. Este escenario genera costos económicos, sociales y éticos que afectan profundamente el bienestar de nuestra sociedad. Ante este panorama, este libro busca servir como un recurso académico y práctico para los operadores del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado, académicos, investigadores y ciudadanos comprometidos con la integridad pública.

La obra aborda diversas aristas del problema de la corrupción desde un enfoque jurídico penal y normativo. A través de doce artículos, se analiza en profundidad el delito de colusión, enfatizando las características típicas que lo definen y los desafíos que plantea su persecución en el contexto peruano. Asimismo, se reflexiona sobre los vacíos y limitaciones que persisten en el marco normativo y en las estrategias implementadas en la lucha contra la corrupción, identificando las acciones necesarias para avanzar en su erradicación.

Del mismo modo, el libro aborda la colaboración eficaz como una herramienta fundamental en la obtención de información clave para desarticular redes de corrupción, así como las distintas posturas dogmáticas y jurisprudenciales sobre la participación de terceros en delitos como la colusión y la negociación incompatible. En este

contexto, se analizan también las facultades de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción en relación con medidas como el congelamiento administrativo de fondos, destacando su papel en la protección del patrimonio público.

El texto también profundiza en temas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un ámbito en constante evolución que plantea retos tanto normativos como operativos. A esto se suma una comparación entre legislaciones internacionales anticorrupción, destacando las particularidades de los sistemas de Perú y Brasil, y los esfuerzos de ambos países para adecuarse a los estándares internacionales. Se analizan además aspectos específicos del tráfico de influencias y la imputación jurídico penal en estructuras societarias complejas, ofreciendo una mirada integral al problema de la corrupción en distintos escenarios.

Desde una perspectiva procesal, el libro examina el uso de pruebas como la declaración de testigos y los retos que ello implica en el contexto del ordenamiento procesal penal peruano. También se presentan reflexiones sobre la capacidad del arbitraje como una herramienta complementaria para enfrentar actos de corrupción, identificando sus potencialidades y limitaciones.

Esta obra constituye un aporte significativo al conocimiento especializado en la lucha contra la corrupción, dirigido principalmente a quienes intervienen en la defensa jurídica del Estado y en la aplicación de estrategias legales para combatir este flagelo. Con esta publicación, la Procuraduría General del Estado reafirma su compromiso de fortalecer las capacidades de defensa legal en un contexto donde la corrupción sigue siendo un problema estructural que requiere respuestas contundentes desde el sistema jurídico y el ámbito institucional.

Procuraduría General del Estado



CONTENIDO

En la lucha contra la corrupción pública ¿Qué falta?

Ronald Vílchez Chinchayán¹

Sumilla

No me parece útil entrar en la bizantina discusión de si existe o no en el Perú una manifestación del Derecho Penal del enemigo o si no se puede considerar enemigo a los autores de estos delitos. La existencia de un sistema severo no tiene por qué significar todo eso. Tampoco creo que la discusión debe centrarse en si un sistema así de rígido y severo no puede aceptarse sin cuestionamientos, ni en si este debería estandarizarse para todos los otros casos. Pienso que debe importar más bien examinar si este régimen, que cuenta con figuras penales muy severas, se encuentra justificado en base a razones materiales.

Palabras clave

Corrupción, política criminal, Perú, estrategias, responsabilidad penal

I. Introducción

Cada vez que estamos ante un gran caso de corrupción pública pensamos que no hay nada peor que lo supere. Sin embargo, nuestra realidad nos indica lo contrario. Para no irnos tan atrás en el tiempo, en el año 2000, cuando se destapó toda la corrupción a propósito de los “Vladivideos”, las dimensiones, modos y los altos directivos públicos que tejían toda esta red ilícita hacía pensar que era uno de los grandes escenarios y que difícilmente tendrían lugar otros casos similares en el futuro. Sin embargo, esto no ha sido así, y clara cuenta son los tristemente célebres casos “Odebrecht”, “Ecoteva”, “Petroaudios”, “los Cuellos Blanco del Puerto”, “Vacunagate” y muchos otros casos que rodean a altos funcionarios públicos de los tres poderes del Estado hasta la actualidad.

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesor ordinario asociado de Derecho Penal en la Universidad de Piura. <https://orcid.org/0000-0002-9468-6669>. Correo electrónico: ronald.vilchez@udep.edu.pe

Ante esta situación, la sociedad reclama –y con razón– que se haga algo para acabar con este mal que, según informó el excontralor de la República, produjo una pérdida de más de 24 mil millones de soles en el año 2023. Dicha cifra, también reveló Nelson Shack, representa, en promedio, el 12.7% del total del presupuesto ejecutado por la entidades públicas en el país². Por eso, el reclamo popular se orienta³ a la búsqueda de una implacable reacción penal que neutralice o elimine todo rastro de corrupción y sanciones de manera ejemplar a los implicados.

Sería fácil y erróneo afirmar que el sistema penal peruano ha ignorado esta preocupación popular y grave problema que representa en nuestro país. Se han logrado importantes avances y pronunciamientos tanto en la doctrina⁴ como por parte de los tribunales. Así, no estamos ante una falta de reacción, sino ante una falta de eficacia al momento de crear mecanismos concretos y activar al aparato punitivo estatal. Precisamente, en este trabajo me ocuparé de analizar algunas de las medidas de política criminal implementadas para combatir la corrupción pública.

II. Medidas de política-criminal⁵

El legislador penal está atento a los ataques contra la Administración

2 Véase en: <https://peru21.pe/politica/la-corrupcion-genero-perdidas-por-s24-mil-millones-al-estado-en-2023-noticia/>

3 Algo que es especialmente curioso porque no se alzan (o al menos, no son tan llamativas ni populares) campañas que busquen cultivar los valores o la educación de los ciudadanos para no caer o propiciar casos de corrupción, ni tampoco resaltan la importancia de la familia o el refuerzo que deben realizar los colegios y universidades en estos temas. Solo parece que los ojos están puestos en una sanción penal contra los políticos o “gente de poder”.

4 Solo por mencionar dos de mis últimos artículos donde he trabajado temas de corrupción: Vichez Chinchayán, R. (2023). Los delitos de corrupción pública más graves. Una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial*, (19), 109-136; y Vichez Chinchayán, R. (2024). Los delitos de colusión y negociación incompatible según la Corte Suprema de Justicia peruana: cuatro cuestiones dogmáticas en discusión. *Revista Jurídica Austral*, 5(1), 479-504.

5 En este punto, conviene revisar las reflexiones que presenta Diez Ripollés en “El abuso del sistema penal”, pp. 10 y ss.

pública, por eso, se encarga de aprobar leyes para reaccionar penalmente contra esas conductas⁶. De ahí que puedan encontrarse distintas medidas más o menos polémicas⁷ –que pueden o no gustar⁸ –que se encaminan a luchar⁹ contra esta forma de criminalidad desde y hacia la Administración pública¹⁰. Entre otras¹¹, pueden mencionarse las siguientes¹²:

-
- 6 El Tribunal Constitucional (2020) ha señalado, en la STC N.º 16-2019-PI/TC, F.J. 5, que “[e]l principio de lucha contra la corrupción no ha sido recogido en la Constitución de 1993 como un principio constitucional expreso. Se trata, pues, de un principio constitucional implícito de igual fuerza normativa. De ahí que se afirme que el Estado, por mandato constitucional, tiene el deber de combatir toda forma de corrupción”.
 - 7 Afirma Queralt (2016) que es necesaria “una adecuada política criminal cimentada sobre cuatro elementos centrales: correcta definición de los tipos penales, penas adecuadas, ejecución efectiva que robustezca tanto la prevención general como la especial y un sistema procesal que, sin merma de las garantías, no suponga una fuente de impunidad o de algo tan detestable: una fuente de castigos, de hecho, aleatorios” (p. 109).
 - 8 Según Díez Ripollés (2015), “[...] en el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esta disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad [...]” (p. 35).
 - 9 Sobre el uso de esta palabra así como otras, como por ejemplo, guerra, para referirse al carácter de las medidas tomadas en casos de corrupción, comparto la impresión de Riquelme Portilla (2021), en tanto señala que “[n]o deja de sorprender que se utilice la expresión “guerra” para aludir a una actividad, la de persecución y castigo de la corrupción, que la sociedad bien valora, considerando que la guerra inmediatamente evoca cuestiones negativas: muerte, odio, violencia. [...]. En rigor, con la utilización de esa expresión se quiere indicar que el asunto es una prioridad –lo que está bien–, pero algunos podrían creer que implica que se debe “combatir” con todos los medios disponibles, sean lícitos o ilícitos, para ganar la conflagración. Esta mirada, en rigor, supone un riesgo de corromper la persecución penal” (p. 37).
 - 10 Esta situación es advertida en reiteradas ocasiones por la doctrina. Sobre esto basta mencionar, por ejemplo, lo expuesto por Peña Cabrera Freyre (2011).
 - 11 Sin contar, claro, la famosa pena del banquillo o la sobre exposición de los medios de comunicación que sufren todos los investigados. Cfr., adicionalmente, lo expuesto por Cuadraro Salinas, (2021) sobre el llamado “Lawfare”, entendido como el uso de técnicas (no necesariamente legales) que implican el uso de información sesgada y manipulada para poner en contra del “enemigo” no solo a los tribunales, sino también a la opinión pública.
 - 12 La selección que aquí se presenta no se hace con la finalidad de resaltar que es la mejor estrategia, sino simplemente para dar cuenta de lo que hay. Sería ideal seguir lo dicho por Klitgaard, Maclean-Abaroa y Parris (2000), “[t]he secret of successful reform is changing policies and systems, rather than hunting for isolated culprits, adding new

1. Aumento de las penas (severidad): Una de esas medidas que suele impactar en la población –aunque no desincentive la práctica de estas conductas– es aumentar cuantitativa y cualitativamente las penas aplicables¹³. Así, es –según esta lógica– más efectivo si se aplica una pena de prisión¹⁴, y lo es todavía más si es perpetua y si se destina para sancionar a los altos funcionarios¹⁵. Aquí también se puede mencionar la prohibición de acceder a otras medidas alternativas como la vigilancia electrónica. Así, según el art. 5.5 del Decreto Legislativo N.º 1322¹⁶, dicha medida es improcedente, entre otros casos, frente a los delitos de concusión, exacciones ilegales, colusión, peculado, malversación, cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Al respecto, si bien puede entenderse la razón que está detrás de la

laws and regulations, or calling for a moral renovation. Where there is the combination of monopoly plus official discretion minus accountability, we will tend to find corruption. When public officials are paid meager salaries and offered no rewards or incentives for exceptional performance, and when penalties against the corrupt are rare and mild, we can expect corruption to flourish. Successful reforms address these systemic problems” (pp. 24-25).

- 13 Muy oportunas son las afirmaciones que realiza García Cavero (2019), que a propósito del análisis del principio de proporcionalidad manifiesta que el “hecho delictivo debe ser apreciado en todos sus aspectos socialmente relevantes para determinar su gravedad tanto abstracta como concreta. Pero debe precisarse que esta valoración debe configurarse objetivamente y no estar, por lo tanto, afectada por situaciones coyunturales de miedo o ansiedad de la población. Si el delito mantiene su gravedad (socialmente determinada) y la pena se aumenta únicamente con la finalidad política de mostrar que se está haciendo algo para aplacar una situación de creciente actividad criminal, entonces se estará transgrediendo de manera intolerable el principio de proporcionalidad. Lo mismo ocurrirá si el juez impone la pena en su extremo máximo con el objetivo de mostrar una especial drasticidad frente a un tipo de conducta que se está expandiendo en la sociedad” (p. 194).
- 14 Llama la atención que no se hayan establecido muchas diferencias en función de la gravedad de la conducta, por ejemplo, atendiendo a los medios de coacción empleados (violencia, amenaza). Así, se encuentran delitos que, aunque no poseen estos medios de coacción (como el peculado) son sancionados con las mismas penas (hasta con 8 años de prisión) que aquellos que sí los poseen (por ejemplo, la concusión).
- 15 A pesar de que todos estos cambios generen una distorsión dentro del sistema penal en tanto, por ejemplo, matar a una persona (art. 108) y realizar la conducta de colusión (en su forma agravada, dispuesta en el art. 384.III del Código Penal) tienen previsto, dentro del marco penal abstracto mínimo, sancionarlas con 15 años.
- 16 Del 6 de enero de 2017, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1585, del 22 de noviembre de 2023.

medida (servirse del efecto simbólico del Derecho Penal¹⁷), lo cierto es que el mero aumento de la pena (más allá de ser un síntoma de falta de orden y coherencia en el momento de establecer el marco penal abstracto de los distintos tipos penales¹⁸) no la convierte en una medida infalible ni mucho menos en una con buen pronóstico. Basta comprobar los resultados obtenidos en aquellos casos en los que el legislador también ha decidido castigar aplicando sanciones severas. Así, por ejemplo, el feminicidio¹⁹. El aumento de la pena sin certeza, sin celeridad y sin idoneidad, no servirá.

2. Adelantamiento de la intervención penal²⁰: Cuando falla el mecanismo del aumento de la pena, el legislador recurre a otra técnica: anticipar la actuación penal de tal modo que se castigue la realización de una conducta peligrosa. Por eso, puede encontrarse, dentro de los delitos contra la Administración pública, un gran número de delitos de peligro (ya sean abstractos o concretos²¹). Así, por ejemplo, se clasifican el delito de negociación incompatible (art. 399 CP); el delito de colusión (art. 384.I CP) y los delitos de cohecho (arts. 393-398 CP).

Es llamativo cómo la doctrina y los tribunales nacionales han recurrido a esa tipología pese a ser tan cuestionada, tanto en temas

17 Al respecto, Silva Sánchez (2010) afirma que “[...] la legislación simbólica es rechazable pues, a corto plazo, cumple funciones educativas/promocionales/de integración, que ya hemos valorado negativamente, y, a largo plazo, redundando incluso en una pérdida de fiabilidad del ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo” (p. 485).

18 Este es, entre otros, uno de los efectos negativos que producen los medios de comunicación que influyen en los legisladores, según Retamal Herrera (2023), dando paso a “directrices populistas irracionales y emotivas que exigen soluciones rápidas y contundentes, de las que surgen reformas legislativas aceleradas, desinformadas y escasamente técnicas a la legislación penal material y formal” (p. 601).

19 Según informe de INEI, en el 2020 se tuvieron 137 casos registrados de víctimas de feminicidio. En el 2021, 141; en el 2022, 147.

20 A tal grado que incluso a través de la Ley N.º 31043, del 15 de septiembre de 2020, se ha incorporado el art. 34-A en la Constitución, según el cual se impide incluso postular a cargos de elección popular a las personas sobre las que recaiga una condena emitida en primera instancia por la comisión de un delito doloso, ya sea como autor o cómplice.

21 En consonancia con lo establecido en el art. 3.2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (en adelante, CNUCC): “[p]ara 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”.

probatorios como de su propia configuración (Vílchez, 2018, pp. 49 y ss). No desconozco el esfuerzo por “mejorar la intervención penal” ni tampoco los avances que se han hecho en materia de los delitos de peligro; no obstante, la poca claridad dentro de los elementos básicos de los delitos contra la Administración pública impide realizar, en mi opinión, un verdadero progreso.

3. Expulsión del sistema: Adicionalmente, se considera también impedir que el funcionario público corrupto vuelva a entrar al sistema. Hay dos formas concretas. La primera es inhabilitándolo temporalmente desde 5 hasta 20 años. La segunda es a través de la denominada *muerte civil del funcionario*. De este modo, se le inhabilita de manera permanente²² siempre y cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos (previstos en el art. 426 del Código Penal): a) que el sujeto sea integrante de una organización criminal o actúe como persona vinculada o por encargo de ella; b) que la conducta recaiga sobre programas con fines de ayuda asistencial, de apoyo o inclusión social o de desarrollo; c) que el autor del delito se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Si bien la medida de la muerte civil o, también conocida como inhabilitación permanente, se presenta como una en donde se expulsa definitivamente al funcionario público que ha faltado a sus obligaciones, lo cierto es que existe la posibilidad de que dicha medida sea revisada al cumplirse 20 años de condena de inhabilitación. Esto es así según se dispone en el art. 67.1. del Código de Ejecución Penal.

4. Pena efectiva²³: El sistema penal prevé que aquella persona condenada con pena privativa de libertad, por haber cometido un delito que establece dicha consecuencia, debe de cumplirla en un centro penitenciario. Sin embargo, el art. 57 del Código Penal regula

22 Se busca así, en resumidas cuentas, asegurar el orden social apartando o neutralizando al delincuente (Puente Aba, 2012, pp. 4-5).

23 Esperaba que en el Acuerdo Plenario N.º 02-2019/CJ-116, referido a la vigilancia electrónica, se hubiera hecho alguna precisión, justificación o revisión respecto a la imposibilidad de que se aplique para los delitos contra la Administración pública, pero no se dijo nada al respecto.

una excepción. Así, el juez puede suspender la ejecución de la pena –esto es, el sujeto no irá a la cárcel– siempre que concurran los siguientes requisitos: a) que la condena sea una no mayor a los 5 años de cárcel²⁴; b) que el juez valore, en función de la naturaleza del hecho como de la personalidad del autor del delito, que el sujeto no volverá a cometer un nuevo delito. En 2015, el legislador penal estableció, si cabe, una excepción a la excepción, en tanto dispuso prohibir la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de peculado y colusión²⁵. En 2017 se volvió a modificar, pero incluyendo esta vez a la malversación (segundo párrafo), cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito.

Todo parece, según se ha expuesto, ir en la línea de mantener una serie de medidas severas y muy rígidas contra el funcionario público. Sin embargo, con la finalidad de “cerrar algunas ventanas, se ha dejado abierta la puerta”, dando lugar así a algunas inconsistencias y contextos llamativos. Así, por ejemplo, llama la atención que en esta lista no se hayan incluido aquellos delitos como la concusión, las exacciones ilegales o el abuso de autoridad, en donde el funcionario público infringe su función mediando violencia, amenaza o engaño, o realizando cualquier acto arbitrario, respectivamente. Podría pensarse que la conducta de los sujetos activos en esos delitos “no es tan grave” y no merecería la pena hacer excepciones a la regla del art. 57 del Código Penal, pero no pienso que sea así. Vale precisar que no se está defendiendo una inclusión de todos los delitos, sino más bien atención en cuáles han sido los criterios para incluirlos en esa lista. Dicho de otra manera, no parece muy convincente que se deje de lado sin más a aquellos supuestos en los que no solo está de

24 Modificado por el Decreto Legislativo N.º 1585, del 22 de noviembre de 2023.

25 El problema dentro de esta lista se ve agravado debido a que se cierra o se limita gravemente el funcionamiento del llamado principio de insignificancia (Gómez Rivero, 2017, p. 274). Aun con todo, según la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la Sentencia de Casación N.º 1550-2018/Apurímac, F.J. 36, “la prohibición establecida en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, incorporado por la Ley N.º 30304, se encuentra conforme a la Constitución Política del Estado y a los compromisos internacionales asumidos por el Perú en materia de Derechos Humanos y por lo tanto es imperativa”. Sin embargo, continúa en el F.J. 37, “es posible que el juez en determinados casos de mínima lesividad pueda recurrir a la aplicación de la Ley N.º 29499, del 19 de enero de 2010, que modificó el artículo 52 del Código Penal [referido a la conversión de la pena privativa de libertad]”.

por medio la actuación contraria a sus funciones como autoridad o funcionario público, sino que la forma en cómo se lleva a cabo esa defraudación es a través de actos arbitrarios que causen perjuicio, o vician la voluntad de los particulares a través de la violencia o amenaza. Circunstancias que, en otros casos, bien ha valido para sancionar estas actuaciones gravemente.

Por otro lado, debe señalarse también que esta prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena solo se aplica a los funcionarios y servidores públicos, mas no a los *extranei*. Esta situación, que puede inferirse del propio precepto legal, ha sido afirmada también por la Corte Suprema en reiteradas ocasiones²⁶.

5. Imprescriptibilidad²⁷: Uno de los grandes problemas de la “lucha” contra la corrupción es que los casos se conocen muchos años después de que tuvieron lugar, encontrándose que esos delitos cometidos ya están prescritos o, en el mejor de los casos, por prescribir²⁸. En nuestro país, en el 2017, con la modificación de la Constitución, concretamente del art. 41, se establece un nuevo camino dentro de la regulación en la prescripción de la acción penal en los delitos contra la Administración pública, a saber: Por un lado, *se duplica* el plazo de prescripción cuando se cometan delitos contra la Administración pública o se afecte el patrimonio del Estado, alcanzando dicha duplicidad tanto a los funcionarios como a los particulares. Por otro lado, se regula la *imprescriptibilidad* de la acción penal para los “supuestos más graves”²⁹ contra la Administración

26 Acuerdo Plenario N.° 02-2019/CJ-116, fs.js. 16-19; Sentencia de Casación N.° 1520-2019/Huancavelica, F.J.3; Sentencia de Casación N.° 1550-2018/Apurímac, F.J. 40.

27 Una práctica que parece ser común en la legislación latinoamericana, según da cuenta Montiel (2018, p. 178).

28 En el art. 29 de la CNUCC, por el contrario, se recoge que “[c]ada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención [scil. cohecho interno y transnacional, malversación, peculado, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, sobornos y malversación en el sector privado, encubrimiento, obstrucción a la justicia] y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”.

29 El 10 de mayo de 2019 se presentó el proyecto de ley N.° 04319/2018-CR para modificar el Código Penal, incluyendo el art. 80-A, con el objeto de determinar aquellos delitos contra la Administración pública que serían considerados graves y, en consecuencia,

pública³⁰.

Esto contrasta con lo establecido en el Código Penal. En este cuerpo legislativo, concretamente en el art. 80³¹, se regulaba la duplicidad de la prescripción para los casos de aquellos funcionarios públicos y servidores que cometieran actos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrantes de organizaciones criminales. Es más, la duplicidad del plazo de prescripción alcanzaba, según estableció la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 02-2019/CJ-116, solo a los funcionarios o servidores públicos, mas no a los *extranei*.

En el estado actual de la discusión –a falta de una ley que desarrolle este punto³²– queda por definir –por parte de la doctrina– qué criterios se utilizarán para dar cuenta de la gravedad y, por tanto, aplicar la imprescriptibilidad. En esa línea, pienso que no parece adecuado atender a la buena imagen de la Administración; más bien podría atenderse –desde la presentación clásica– a aquellos casos tales como los que implican un perjuicio tanto para la Administración como para los particulares; que empleen formas que eliminan la voluntad del sujeto pasivo; o incluso aquellos que suponen la infracción de competencias específicas encomendadas. Dicho de otro modo, la razón debe girar en torno a la consideración de dos factores concretos: el bien jurídico y las particularidades de los delitos. Sobre

susceptibles de aplicarles la imprescriptibilidad de la acción penal. Al revisar el art. 2 del mencionado proyecto se puede observar que la lista incluye como delitos graves a la colusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

- 30 Medida que solo será aplicable a los funcionarios públicos y no a los particulares. Abanto Vásquez (2022) también comparte esta opinión (pp. 810-811).
- 31 Sobre la suspensión de la prescripción aplicable a los congresistas, véase la Sentencia de Casación N.º 232-2018/Lima, fs.js. 15 y 16. Para la suspensión aplicable a los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público, véase la Sentencia de Casación N.º 585-2018/San Martín, F.J. 1.
- 32 Se entiende que cuando la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (2024), en la Apelación N.º 238-2023/Suprema, F.J. 3, señala que “[e]s de aclarar que el artículo 41 de la Constitución es una norma-regla, cuya aplicación no requiere de la intermediación de una ley ordinaria de desarrollo; la especificidad de su mandato, ante un modelo de Constitución rígida y normativa, obliga a su cumplimiento; es, por tanto, autoaplicativa”, todo esto lo está afirmando de la primera parte referida a la duplicidad del plazo de prescripción, mas no de la determinación de cuáles serían los tipos penales más graves según el principio de legalidad.

esta cuestión me he ocupado en otro lugar, al que me remito³³.

6. Reparación civil: El 12 de marzo de 2018 se publicó la “Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos”, que permite aplicar, entre otras medidas, la suspensión de transferencias al exterior; la adquisición y retención del precio de venta en el Fideicomiso de Retención y Reparación; y la retención de importes a ser pagados por las entidades del Estado. Así también se establece la obligación a las personas jurídicas o entes jurídicos (socios, consorciados o asociados) que hayan participado en la adjudicación de manera conjunta con funcionarios o representantes condenados por sentencia firme (en Perú o en el extranjero) por la comisión de delitos contra la Administración pública, de constituir un fideicomiso para garantizar el pago de la reparación civil. Finalmente, el reglamento de esa ley, aprobado por el Decreto Supremo N.º 096-2018-EF, establece una serie de criterios para el cálculo de la reparación civil³⁴.

33 Véase en: Vichez Chinchayán, R. (2023). Los delitos de corrupción pública más graves. Una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú. Revista Oficial del Poder Judicial, (19), 109-136. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/696/1026>

34 Una cuestión ciertamente interesante es la referida a cómo se pueden determinar (cfr. al respecto, Enco Tirado, 2020, pp. 293-300) los daños extrapatrimoniales [expresamente la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.º 1448-2019/Junín, F.J. 8, sostiene que “[e]n estos delitos no solo se puede afectar el patrimonio del Estado sino también otros bienes jurídicos de relevancia constitucional o legal de mayor importancia que trascienden lo material o económico. Se trata de delitos idóneos para causar no solo un daño patrimonial sino también extrapatrimonial (reputación, prestigio, imagen institucional, credibilidad, entre otros)”. Curiosamente, la Corte Suprema ha señalado que, si bien no se puede recurrir a una fórmula matemática exacta, debe determinarse atendiendo a la equidad y proporcionalidad (cfr. Recurso de Nulidad N.º 1448-2019/Junín, F.J. 9). Por otro lado, también ha dicho que se puede considerar la magnitud del daño y el menoscabo producido en la víctima (cfr. Sentencia de Casación N.º 189-2019/Lima Norte, fs.js. 19-20). Específicamente, deben mirarse las circunstancias de comisión del hecho, el aprovechamiento obtenido por los sujetos activos, el nivel de difusión pública del hecho ilícito, el impacto social producido, el rol y la naturaleza de la entidad pública perjudicada, el alcance competencial de la entidad pública perjudicada y la posición de los sujetos activos (cfr. Sentencia de Apelación N.º 25-2017/Lima, F.J. 27.4). En el art. 57 del Reglamento de la Ley N.º 30737 se establecen como criterios para el cálculo del daño extrapatrimonial: a) la gravedad del hecho punible; b) la cuantía del monto del daño patrimonial; c) multiplicidad de proyectos en investigación fiscal; d) nivel del funcionario público.

Entre otras cuestiones³⁵ llama la atención que, por lo general, el análisis sobre la posible reparación civil haya considerado únicamente al sujeto pasivo, esto es, al titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito (Mir Puig, 2015), y se impida al particular, como perjudicado³⁶, constituirse en actor civil para reclamar el pago de la reparación civil³⁷. Cabe precisar que la legitimidad para pedir la constitución como actor civil en un proceso penal no se establece con base en la titularidad del bien jurídico afectado, sino del perjuicio que ocasiona la conducta antijurídica (García Caveró, 2019, pp. 248-249)³⁸.

7. Dentro del proceso penal: Según el art. 2 del Código Procesal Penal, no es posible aplicar el *principio de oportunidad* cuando el hecho lo haya cometido un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Esta medida podría explicarse debido al contexto de tolerancia cero a la corrupción pública; no obstante, impedir la aplicación puede ser excesivo en tanto no todos los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos tienen la misma gravedad. Este mismo problema se halla en lo que se dispone respecto al *proceso de colaboración eficaz*. Específicamente, los delitos contra la Administración pública que pueden ser objeto de acuerdo solo son la concusión, el peculado y la corrupción de funcionarios, siempre

35 Plansencia Rubinos (2019) aborda el problema para el cobro de la reparación civil en los delitos de corrupción, enfocándose en la discusión sobre la caducidad o prescripción (pp. 127 y ss). Aunque, por lado de nuestros tribunales, la Corte Suprema ha ido asentando una posición clara al respecto, permitiendo que los particulares afectados también puedan solicitarla, por ejemplo, mediante la Sentencia de Casación N.º 646-2019/Huaura, F.J. 12 y ss.

36 Situación que es incluso reconocida por el Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-116, F.J. 11.

37 Una posición además que viene defendida, a nivel nacional, por ejemplo, por García Caveró (2019, p. 247).

38 Así también se reconoce, por ejemplo, en la Sentencia de Casación N.º 646-2019/Huaura, F.J. 15; Sentencia de Apelación N.º 5-2017/Huánuco, F.J. 19.4.; y expresamente en el Recurso de Nulidad N.º 1466-2015/El Santa, F.J. 7. En este último se afirma que “[...], no puede confundirse titular del bien jurídico ofendido de titular del perjuicio. Es verdad que, en el delito de tráfico de influencias, atento [sic] el bien jurídico materia de ofensa, corresponde la reparación civil al Estado. Tal conclusión –reparación civil para el ofendido por el delito–, sin embargo, no importa desconocer que se ocasionó un perjuicio indemnizable a la profesora Carlos Poma, víctima del ofrecimiento delictivo y denunciante del hecho. Ella también es titular del perjuicio –en sentido amplio, agraviada por el delito– y, como tal, por la naturaleza de la reparación civil, le corresponde la indemnización”.

que sean cometidos en concierto por una pluralidad de personas (art. 474.2.c del Código Procesal Penal). La lista se amplía para los delitos comprendidos en los arts. 382 (concusión) hasta el 401 (enriquecimiento ilícito), pero solo cuando el colaborador sea una persona jurídica (art. 474.2.d del Código Procesal Penal). En el grupo de delitos que se mencionan hay una serie de características dispares entre sí que exigen una mayor reflexión para poder brindar una solución mucho más útil al proceso.

8. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El 21 de abril de 2016 se publicó la Ley N.° 30424, que regula la “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”³⁹. De este modo, se estableció que las personas jurídicas tienen responsabilidad “administrativa” por los delitos –en lo que aquí corresponde⁴⁰– de colusión (art. 384), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398) y tráfico de influencias (art. 400), cuando hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto (art. 3 de la Ley N.° 30424). Entre las medidas que se les puede aplicar se encuentran: multas, inhabilitaciones (por ejemplo, para contratar con el Estado), cancelación de licencias, clausura de locales o incluso hasta la disolución (art. 5 de la Ley N.° 30424). Dejando de lado la cuestión formal de la presentación (García Cavero, 2023, pp. 7-13), vale la pena señalar que esta ley representa, por un lado, un avance en el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la posibilidad de sanción por la intervención en la comisión de delitos contra la Administración pública; y, por otro, la implementación de los

39 Originalmente fue denominada como “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”. El 2 de agosto de 2018, a través de la Ley N.° 30835, se cambió su denominación por “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”. Finalmente, fue modificada nuevamente por la Ley N.° 31740, del 13 de mayo de 2023. Ahora se trata de la “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal”.

40 La modificación del art. 1 de la Ley N.° 30424 efectuada por la Ley N.° 31740 del 13 de mayo de 2023, establece que la ley regula “la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas nacionales o extranjeras en el proceso penal previsto para” los delitos de: contabilidad paralela (art. 199 del Código Penal); atentados contra monumentos arqueológicos (art. 226 del Código Penal); extracción ilegal de bienes culturales (art. 228 del Código Penal); lavado de activos (Decreto Legislativo N.° 1106), delitos aduaneros (Ley N.° 28008); delitos tributarios (Decreto Legislativo N.° 813) y delitos de terrorismo (Decreto Ley N.° 25475).

programas de cumplimiento (García Cavero, 2020, pp. 81 y ss; Nieto Martín, 2017, pp. 56 y ss).

III. Conclusiones

1. Todas las medidas⁴¹ que se han mencionado anteriormente son, sin duda, un reflejo del actual clamor social para luchar contra la corrupción pública y lo que ha previsto el legislador penal (peruano) para hacerle frente. Muchas de estas medidas se caracterizan –como hemos visto– por exigir e incidir con mayor rigor al punto de que algún sector podría pensar que algunas serían contrarias a las garantías del Derecho Penal⁴², acercándose así a los dominios del denominado Derecho penal del enemigo⁴³. En mi opinión, no me parece útil entrar en la bizantina discusión de si existe o no en el Perú una manifestación del Derecho penal del enemigo o si no se le puede considerar como enemigo a los autores de estos delitos. La existencia de un sistema severo no tiene por qué significar todo eso. Tampoco creo que la discusión debe centrarse en si un sistema así de rígido y severo no puede aceptarse sin más o que debería estandarizarse para todos los otros casos. Pienso que debe importar más bien examinar si este régimen, que cuenta con figuras penales muy severas, se encuentra justificado en base a razones materiales. En consecuencia, corresponde examinar, por un lado, si se respetan los contenidos de los derechos fundamentales⁴⁴ y, por otro, los principios (Díaz y García Conlledo, 2004, pp. 171-172) sobre los que se construye el sistema penal, esto es, la dignidad, la legalidad y la seguridad⁴⁵.

41 Junto con otras, como, por ejemplo, la especialización tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público en juzgados y fiscalías anticorrupción, respectivamente.

42 Para Fernández Cabrera (2019), en cierto contexto español, los delitos contra la Administración pública parecen más bien comprendidos dentro de lo que podría denominarse “Derecho penal del amigo” (p. 3).

43 Sobre el desarrollo de este tema, véase en Jakobs y Cancio Meliá (2006, pp. 47 y ss).

44 En el mismo sentido, véase en Reátegui Sánchez (2023, pp. 43-45).

45 Siguiendo así la propuesta de Sánchez-Ostiz (2012, pp. 87 y ss).

2. Dicho lo anterior, debo insistir en que no sostengo que todo adquiere validez en esta lucha contra la corrupción. Tampoco que la existencia de (cierto) consenso social⁴⁶ sobre esta forma severa de actuar del Derecho Penal lo legitima o convierta en un buen camino a seguir⁴⁷. Tampoco estoy diciendo que no se pueda hacer nada desde el Derecho Penal. Solo resalto que –aun cuando no es el mejor medio para luchar contra la corrupción⁴⁸– si se decide emplearlo, no debe aplicarse mediante medidas

-
- 46 Al respecto, es muy pertinente la afirmación de Ortíz de Urbina Gimeno (2018), que aunque la hace respecto a una realidad europea, concretamente la española, bien vale la pena examinar si algo de lo que menciona se puede trasladar a la nuestra: “[...] podría estar produciéndose, también en esta materia, un “pánico moral” en el sentido criminológico de la expresión: una situación en al que la ciudadanía evalúa al alza la magnitud de un fenómeno delictivo y, en consecuencia, sobre-reacciona ante este. Tal conclusión sería sin embargo prematura: incluso unos relativamente pocos casos de corrupción, concentrados en ciertos sectores, pueden afectar de forma importante a la confianza en las instituciones y suponer ingentes daños económicos. Es muy probable que el origen de esta corriente de opinión ciudadana crítica se encuentre en la proliferación de noticias sobre las cada vez más numerosas investigaciones y condenas por este tipo de conductas. Es seguro que, como ocurre en tantas ocasiones con el fenómeno delictivo, no sabemos, con una mínima precisión cuál es la entidad concreta del fenómeno. Y es dudoso si estamos ante una verdadero aumento de la corrupción, ante un incremento de la eficacia en su persecución o ante una menor tolerancia y la mayor sensibilidad social al respecto (por supuesto, también es posible, de hecho probable, que estemos ante una combinación de todas estas posibilidades)” (p. 19).
- 47 Para Del Moral García (2016), “[e]l [D]erecho penal es incapaz por sí solo de acabar con la corrupción, pero sí que puede y debe contribuir a ello. Puede aportar mucho. Algo aporta. Y todavía podría aportar mucho más. Caben algunas mejoras en el plano del [D]erecho penal sustantivo. Pero las causas de la ineficiencia de la justicia penal para neutralizar de forma exitosa estos fenómenos no hay que buscarlas primariamente en las deficiencias de leyes sustantivas. En absoluto. Son de índole más bien procesal, territorio en que se imponen cambios que redundarían en una mayor eficacia de la justicia penal [...]” (p. 55). Estas afirmaciones son peculiares en tanto el autor parece olvidar que precisamente estas divisiones (entre lo adjetivo y sustantivo) son las que han impedido muchas veces un avance, que se podría lograr no menospreciando una y alabando a la otra, sino revisando y mejorando a ambas.
- 48 Insisto, el Derecho Penal no es la solución al problema. Solo a modo de ejemplificar lo que acabo de señalar, presento las palabras de Donini (2015). Específicamente, afirma que “[l]a solución de un problema de corrupción no puede ser sólo confiada a la ley, sino a la costumbre, a la cultura, a la educación cívica colectiva, al comportamiento del Estado, a la confianza o desconfianza en la [A]dministración pública, al sentido de pertenencia o de distancia respecto a los poderes públicos” (pp. 146-150). Más adelante concluye diciendo que “[s]i la causa de la corrupción reside en otra parte y no en la ley, como me parece, y por tanto, no puede ser fundada en el sistema jurídico, la solución no puede encontrarse, como es lógico, en aquel sistema” (p. 148).

desproporcionadas ni debe convertir a los persecutores penales en “justicieros”. En el mismo sentido, el Derecho Penal no debe aplicarse a casos sin esencia penal ni usarse para deslegitimar –aún más– el papel de los funcionarios públicos⁴⁹. Por eso, es necesario establecer límites que se asienten en el respeto de los derechos fundamentales y en los principios, de modo que desde esta base se pueda influir en el desarrollo de la teoría del bien jurídico, del delito y de las penas aplicadas a esta clase de delitos.

Bibliografía

Doctrina

Abanto Vásquez, M. A. (2022). La prescripción de la acción en los delitos contra la *Administración pública. Dogmática penal delitos económicos y delitos contra la Administración pública*. (2ª ed., Tomo II). Instituto Pacífico.

Cuadraro Salinas, C. (2021). El abuso del derecho, la judicialización de la política y la dinámica del lawfare en el caso Nadine Heredia. *El caso Nadine Heredia* (pp. 221-230). INPECCP.

Del Moral García, A. (2016). Justicia penal y corrupción. Análisis singularizado de la ineficiencia procesal. En A. Castro Moreno, P. Otero González (Dirs.) y L. Graffe González (Coord.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* (pp. 51-82). Dykinson, S.L.

49 Para Riquelme Portilla (2019), se trata a fin de cuentas, como también pienso, que “[n]o se propone tratar con *guante blanco* a los corruptos. Por el contrario, se propondrá un reproche penal intenso, por el mayor contenido de injusto en la actuación corrupta de algunas autoridades. [...] En concreto, se deben evitar las estridencias, no forzar las confesiones, respetar la reserva de la investigación, ser cuidadoso con las generalizaciones y desconfiar de las denuncias de corrupción con intencionalidad política” (p. 38). Por si quedan dudas, más adelante señala: “[n]o se puede pretender una *dolce giustizia* contra los corruptos. Por supuesto. Pero el mensaje que acá se dirige no va a los políticos corruptos [o, diría yo, funcionarios públicos]. Ellos ya afectaron al sistema político, por lo que merecen todo el reproche de la sociedad y la ley. El mensaje es para los persecutores: son ellos que actúan para alcanzar un bien –la justicia– y deben velar para que ese loable y noble fin se cumpla sin permitir que la conducta de los corruptos provoque todavía más daño del ya causado” (p. 38).

- Díaz y García Conlledo, M. (2004). Corrupción y delitos contra la Administración pública. Insuficiencias y límites del derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español. *Revista de Derecho*, (7), 147-196.
- Díez Ripollés, J. L. (2015). *La política criminal en la encrucijada*. (2ª ed.). B de F.
- Díez Ripollés, J. L. (2017). El abuso del sistema penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 1-24.
- Donini, M. (2015). *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*. B de F.
- Nieto Martín, A. (2017). La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal. En M. Kubiciel y A. Carrión (Dir.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado* (pp.167-177). Editores del Centro.
- Fernández Cabrera, M. (2019). La intervención mínima como argumento para absolver de la comisión de delitos de corrupción: crítica dogmática y político criminal. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 1-43.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho penal. Parte General*. (3ª ed.). Ideas Solución Editorial.
- García Caveró, P. (2019). La parte procesal afectada por un delito de fraude procesal no puede constituirse en actor civil. Comentario a la Casación N° 785-2018-Piura. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (124), 245-250.
- García Caveró, P. (2020). Anticorruption compliance en la legislación peruana. En M. Kubiciel y A. Carrión (Dir.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Editores del Centro.
- García Caveró, P. (2023). *Derecho penal de las personas jurídicas*. Instituto Pacífico.

Gómez Rivero, M^a del C. (2017). Derecho penal y corrupción: Acerca de los límites de lo injusto y lo permitido. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXVII, 249-306.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (s.f.). Índice temático. Delitos. <https://m.inei.gov.pe/estadisticas/indice-tematico/crimes/>

Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. (2^a ed.). Editorial Civitas.

Klitgaard, R., Maclean-Abaroa, R. y Parris, L. (2000). *Corrupt cities. A practical guide to cure and prevention*. Institute for Contemporary Studies.

Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal*. (10.^a ed.). B de F.

Montiel, J. P. (2018). Sobre la inoponibilidad de la prescripción y de la cosa juzgada en casos de corrupción (pública). En V. Gómez Martín, J. P. Montiel y H. Satzger (Eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción* (pp. 171-194). Marcial Pons.

Monzón Kcomt. R. (28 de febrero de 2024). La corrupción generó pérdidas por S/24 mil millones al Estado en 2023. *Perú21*. <https://peru21.pe/politica/la-corrupcion-genero-perdidas-por-s24-mil-millones-al-estado-en-2023-noticia/>

Nieto Martín, A. (2017). La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal. En M. Kubiciel y A. Carrión (Dirs.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado* (pp.167-177). Editores del Centro.

Ortíz de Urbina Gimeno, I. (2018). Prólogo. En V. Gómez Martín, J. P. Montiel y H. Satzger (Eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*. Marcial Pons.

Peña Cabrera Freyre, A. (2011). Comentarios a la Ley N° 29703: Una expresión del clientelismo del Derecho penal. *Gaceta Penal*, 24, 28-39.

Placencia Rubiños, L. (2019). Apuntes sobre el plazo extintivo de la reparación civil en la ejecución de la sentencia penal en delitos de corrupción: ¿prescripción o caducidad?. *Actualidad penal*, (64), 123-141.

Puente Aba, L. (2012). *La pena de inhabilitación absoluta*. Editorial Comares.

Queralt, D. (2016). *La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el gobierno*. En V. Lapuente (Coord.). Alianza Editorial.

Reátegui Sánchez, J. (2023). *Delitos contra la Administración pública en el Código Penal*. Gaceta Jurídica.

Retamal Herrera, J. (2023). El conflicto entre los medios de comunicación y el fenómeno criminal. En M.J. Marquez, M. Laporta y J. Vera Vega (Coords.), *Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal*. Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo (pp. 591-604). B de F.

Riquelme Portilla, E. (2019). *El cohecho parlamentario*. Editorial Aranzadi.

Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.

Silva Sánchez, J. (2010). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. (2ª ed.). José María Bosch Editor S.A.

Vílchez Chinchayán, R. (2018). *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*. Palestra.

Vichez Chinchayán, R. (2023). Los delitos de corrupción pública más graves. Una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial*, (19), 109-136. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/696/1026>

Vichez Chinchayán, R. (2024). Los delitos de colusión y negociación

incompatible según la Corte Suprema de Justicia peruana: cuatro cuestiones dogmáticas en discusión. *Revista Jurídica Austral*, 5(1), 479-504.

Jurisprudencia

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 14 de junio). Sentencia de Casación N.° 232-2018/Lima.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 25 de julio). Sentencia de Casación N.° 585-2018/San Martín.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2024, 9 de abril). Recurso de Apelación N.° 238-2023/Suprema.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2020, 4 de noviembre). Sentencia de Casación N.° 646-2019/Huaura.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2021, 21 de julio). Sentencia de Casación N.° 1520-2019/Huancavelica.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2021, 16 de noviembre). Sentencia de Casación N.° 1550-2018/Apurímac.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2021, 6 de octubre). Recurso de Nulidad N.° 1448-2019/Junín.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2020, 17 de noviembre). Sentencia de Casación N.° 189-2019/Lima Norte.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2020, 19 de noviembre). Sentencia de Apelación N.° 25-2017/Lima.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2021, 16 de noviembre). Sentencia de Casación N.° 1550-2018/Apurímac.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 9 de mayo). Sentencia de Apelación N.° 5-2017/Huánuco.

Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2011, 6 de diciembre). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N.° 5-2011/CJ-116.

Salas Penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 10 de septiembre). XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario N.° 02-2019/CJ-116.

Tribunal Constitucional (2020, 3 de diciembre). Sentencia del Expediente N.° 16-2019-PI/TC.

La colaboración eficaz como instrumento de lucha frente a la corrupción

Roger Renato Vargas Ysla¹

Sumilla

El artículo desarrolla un análisis exhaustivo de la colaboración eficaz como herramienta clave en la lucha contra la corrupción, destacando su fundamentación política-criminal y su utilidad pragmática. Se examinan los retos éticos y jurídicos de esta institución, centrados en la tensión entre su eficacia procesal y las críticas sobre la moralidad de la delación. Además, se aborda el estándar probatorio requerido para corroborar las declaraciones del colaborador, los mecanismos que garantizan su fiabilidad y las condiciones bajo las cuales esta técnica contribuye al éxito de la persecución penal.

Palabras clave

Corrupción, proceso especial, colaboración eficaz, delación

I. Introducción: Corrupción y eficacia del proceso penal

El surgimiento de la globalización no solo trajo la diversificación del conocimiento, sino también produjo la internacionalización de la economía y tecnología, eliminando las fronteras entre los Estados. Esto originó, en primer lugar, que el dinero (ilícito) pueda circular libremente por cualquier territorio del mundo y ser depositado en cualquier banco o entidad financiera (paraíso fiscal), dificultando con ello su ubicación, incautación y decomiso, por lo que seguir el rastro

1 Abogado egresado de la Universidad Nacional de Trujillo, con grado de Maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Ex capacitador de la Escuela del Ministerio Público. Docente de la Academia de la Magistratura - AMAG. Docente universitario en pre y posgrado. Conferencista. Autor de diversos artículos en revistas especializadas. Autor de Libros. Fue Fiscal Adjunto Provincial Penal Corporativo de Trujillo y Ex Fiscal Adjunto Superior de Lima Centro. Actualmente es Juez Penal Titular de Investigación Preparatoria de Lima Centro.

de dicho dinero se torna en algo sumamente difícil; y, en segundo lugar, la repotenciación y perfeccionamiento de las actividades criminales producto del desarrollo de la tecnología, sobre todo en cuanto a delitos económicos se refiere (una muestra de ello resulta ser el uso del bitcoin en el delito de lavado de activos), lo que sin duda contribuye no solo a que los agentes del ilícito perfeccionen sus delitos, sino a que dificulten poder identificarlos y localizarlos, manteniéndose en el anonimato del mundo criminal.

Surge además la criminalidad colectiva, cimentada sobre la base de una finalidad común (delictiva), en torno a la cual se reúnen y organizan todos sus integrantes. Por otra parte, esta estructura compleja no solo la asumen las organizaciones criminales en la consumación de delitos sangrientos o patrimoniales (sicariatos, extorsiones, tráfico de tierras, etc.), sino también en la realización de delitos de cuello blanco, donde se constituyen estructuras criminales incluso dentro de organismos autónomos (como el ex CNM), poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) o partidos políticos, a efectos de utilizar dicho engranaje o ropaje para facilitar y ocultar sus delitos.

Estas organizaciones corruptas generan una delincuencia institucionalizada, toda vez que se insertan dentro de las estructuras, esferas económicas o políticas de los Estados, para que los funcionarios actúen u operen amparados por el camuflaje de los cargos, aprovechándose de su posición privilegiada sobre los bienes de la Administración pública (recursos del Estado) y estableciendo nexos o conexiones que permitan ampliar la organización criminal hacia otros organismos o instituciones que hagan más extensa y compleja su estructura, y a la vez les permita alcanzar el control total del sistema (político, económico, jurídico, etc.), buscando con ello no solo el éxito de sus actividades criminales, sino también asegurándose de no ser descubiertos y, en caso de serlo, buscar un buen blindaje que les asegure la impunidad y, de esta manera, continuar operando delictivamente.

Por ello, los casos judiciales que se han ido conociendo en Perú (Cuellos Blancos, Odebrecht, Gasoducto Sur Peruano, caso valkiria, etc.) nos demuestra que la dificultad de investigar una organización criminal no solo deriva de su estructura compleja, sino que además utiliza el sistema formal (Estado) para operar, delinquir, ocultar y

blindar sus delitos.

La vinculación entre la corrupción y el crimen organizado es innegable, pues muchas veces la primera adopta una forma o constitución organizada, donde se identifican estructuras jerárquicas bien marcadas y permanentes, con reparto de roles y pluralidad de agentes, teniendo como finalidad la consumación de delitos de corrupción y vulnerando bienes jurídicos de la Administración, como, por ejemplo, el patrimonio público, la función pública, la justicia, etc. A su vez, al crimen organizado le interesa acercarse o vincularse con las esferas de poder, para establecer alianzas estratégicas que le permitan tener acceso a funcionarios públicos, políticos, empresarios y magistrados, a fin de extender su capacidad operativa, generar más recursos y garantizar su impunidad. Vemos como la corrupción busca organizarse y estructurarse de tal manera que pueda institucionalizarse dentro del Estado y, a su vez, el crimen organizado ha cruzado el umbral que lo ataba a los delitos sangrientos, de despojo y de producción para buscar filtrarse dentro de las esferas e instituciones de la Administración pública, a efectos de obtener beneficios de ella.

En ese sentido, esa mezcla letal entre crimen organizado y corrupción tiene como resultado una estructura sumamente compleja, impenetrable, fuerte y peligrosa, dentro de la cual se pueden desarrollar actividades delictivas con el mayor confort posible, imposibilitando que la persecución penal pueda infiltrarse dentro de tal acorazado. Se debe entender que investigar una organización criminal implica cambiar la estrategia de investigación, pues la misma se debe realizar de adentro hacia afuera, a fin de poder determinar su estructura, identificar a sus cabecillas e integrantes, descubrir sus actividades criminales, etc., por lo que es válido infiltrar a un agente policial especializado, quien en base a una falsa historia de vida delincencial y a un nombre ficticio, buscará ganarse la confianza de los cabecillas e integrantes de la organización criminal para que lo puedan acoger dentro de la misma, convirtiéndose el agente encubierto en un testigo privilegiado de todas las actividades delictivas de la organización.

No obstante, no pasa lo mismo cuando la corrupción se ha organizado o institucionalizado dentro de la Administración pública o entidades estatales, ya que aquí los actores o agentes del delito no son cualquier

persona a quien fácilmente se pueda sembrar o infiltrar dentro de la organización criminal corrupta, pues los cabecillas e integrantes de la misma son políticos, funcionarios o servidores públicos, magistrados, etc.; por lo que en dicho contexto difícilmente podrá aplicarse u operar la técnica de investigación especial del agente encubierto.

Una cosa es infiltrar a un agente encubierto dentro de una organización criminal no vinculada a los delitos de corrupción de funcionarios, donde todo al interno es informal y donde no se establecen o exigen requisitos legales para ser integrante de la misma; y otra cosa es infiltrarse en una organización criminal dedicada a actos de corrupción, donde sí concurren exigencias especiales en sus integrantes: deben ser funcionarios o servidores públicos, siendo que los mecanismos para adquirir esta condición son diversos: elección popular (presidente, congresistas, etc.), concurso público (jueces y fiscales) y cargos de confianza (ministros). En consecuencia, resulta sumamente complicado convertir a un policía (agente encubierto) en un funcionario o servidor de la Administración pública para poder infiltrarlo en una organización de ese tipo. Por lo tanto, ese es el principal impedimento para utilizar agentes encubiertos cuando de organizaciones criminales dedicadas a delitos de corrupción se trata.

Por ello, ni las técnicas tradicionales de investigación ni las técnicas especiales como la del agente encubierto son suficientes para realizar una investigación exitosa en casos de crimen organizado de cuello blanco. Ello invita a centrar la mirada en otros mecanismos procesales que permitan o contribuyan a desarrollar una buena investigación contra el crimen organizado. Por lo que, mirando el panorama, se aprecia que son los propios integrantes de la organización criminal quienes aparecen como potenciales testigos de lujo para el Ministerio Público, pues ellos constituyen fuente directa respecto de la comisión de los actos delictivos realizados por la organización criminal, por lo que manejan información fidedigna además de contar con gran precisión y detalle. En suma, son una fuente de información privilegiada.

Ello ha sido reconocido en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Convención de Mérida) (2003), la cual señala que:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Este fenómeno maligno se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.

Debido a ello, en su artículo 37 inciso 1 prescribe que:

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto. (Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 2003).

De este modo, se reconoce la importancia y necesidad de que los Estados recurran a la colaboración eficaz como instrumento de lucha contra la corrupción. Por lo tanto, la colaboración eficaz tiene sustento convencional.

De ahí la importancia otorgada por los Estados a la delación premiada. Al respecto, lo que se busca con esta figura es tratar de incentivar, persuadir o motivar a los propios cabecillas e integrantes de la organización criminal para que brinden a la investigación penal la información privilegiada que manejan, a efectos de descubrir o destapar las actividades delictivas relacionadas con la delincuencia

económica, la delincuencia organizada y la corrupción. En ese sentido, no se trata de que el Estado busque infiltrar a alguien dentro de la organización, sino que debe persuadir y convencer a uno de sus integrantes para que traicione la confianza de sus compinches o co-imputados, delatándolos y brindando toda la información posible a cambio de algún beneficio premial, el mismo que dependerá de la importancia de la información brindada y de lo que se pudo evitar o descubrir con ella.

Frente a dicha realidad, es imposible negar la importancia de la institución del colaborador eficaz como una manifestación de la justicia penal negociada. Se parte de reconocer la ineficacia de los métodos de investigación tradicionales e incluso de los especiales (agente encubierto) para buscar otro tipo de mecanismos que puedan potenciar la investigación penal hacia la consecución de estándares de eficacia, estimulando dicha delación y con ello la traición del colaborador (delator) hacia a sus coinvestigados, mediante el pago de una recompensa o ventaja punitiva. Debido a ello, Carnelutti, citado por Ortiz (2018), “también defendía que premio y castigo eran dos formas de sanción en un sentido amplio y hablaba de “sanzione premiale” a la que reconocía un valor práctico” (p. 61). Por su parte, Bobbio, citado por Ortiz (2018), “destacó la función promocional del derecho porque las concepciones tradicionales del derecho (la protectora y la represiva) eran como vestidos que se han quedado demasiado estrechos para un cuerpo inesperadamente crecido” (p. 61).

En ese sentido, el Estado opta por recurrir a la delación o traición de uno de los integrantes de la organización criminal, lo cual genera críticas por fomentar una práctica considerada inmoral. No obstante, pese a los cuestionamientos éticos, resulta imprescindible reconocer el fin pragmático y utilitario que representa la figura del colaborador eficaz en el ámbito de la investigación penal.

II. Fundamento de la colaboración eficaz

La admisión de la colaboración eficaz como institución que brinda eficacia a la investigación penal no siempre ha sido pacífica, pues

se ha resaltado su inmoralidad, ya que a través de esta figura el Estado incentiva o alienta la traición entre ciudadanos y, de manera específica, entre delincuentes, contraviniendo el deber ético de promover valores como la lealtad entre los integrantes de la sociedad. Por otro lado, también se cuestiona que, debido a dicha conducta o postura inmoral, el pérfido o traidor se encuentra en una posición ventajosa para negociar, pues mientras más participación delictiva ha tenido, mayor información maneja, por lo que mejores beneficios puede obtener por parte del sistema de justicia.

En suma, se encuentra en una situación favorable para la compra de impunidad. Como señala Maier, citado por Riquert (2011), “este instituto se encuadra dentro de la audaz moda de fijarle precio a la supuesta verdad y pagar por ella” (p. 68). Como vemos, estos autores centran su análisis en el carácter inmoral del colaborador eficaz, al señalarlo de pérfido, traidor o desleal, en consecuencia, critican que el Estado incentive y premie este tipo de prácticas, ya que el colaborador eficaz lleva un sello de inmoralidad, por lo que se cuestiona que se pague la delación (traición) con impunidad. De este modo, a través de la aplicación del referido instituto, el Estado estaría reconociendo su ineficacia frente al crimen moderno o de corte organizado.

Por el contrario, Jiménez de Asúa, citado por Ortiz (2018), mostrando su conformidad con el derecho penal premial, “concebía la recompensa como un medio preventivo general en la lucha contra el crimen y el derecho premial y la justicia laudatoria como contrapartida del derecho penal” (p. 62). Asimismo, Garrido Falla, citado por Ortiz (2018), señala que:

Se admite la facultad del Estado de fomentar un fin determinado y legítimo, como lo es el descubrimiento del hecho denunciado, a través de tres sistemas: de una parte, mediante el establecimiento de la obligación legal para el particular que tenga conocimiento del hecho de denunciarlo; de otra, creando un servicio oficial encargado del descubrimiento de los hechos; y en tercer lugar, estableciendo un sistema de primas, subvenciones, ventajas personales, etc., que conviertan la denuncia en una acción apetecible desde el punto de vista de los móviles que normalmente actúan y determinan la libre iniciativa privada. (p 63).

Además de los cuestionamientos de corte ético, a la institución de la colaboración eficaz también se le ha realizado cuestionamientos de naturaleza jurídica, sobre todo respecto a los fines de la pena. El Código Penal en el artículo VIII de su Título Preliminar señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. En ese sentido, si al delator se le otorga una eximente o atenuante de la pena debido a la información que proporcionó a la investigación penal, ya no estaría respondiendo por su responsabilidad en el hecho, sino que se le estaría premiando por haber delatado (traicionado) a sus coimputados. Por lo tanto, al colaborador eficaz (delator) no se le impondrá la pena que realmente le corresponde, sino una pena convenida, premiada y negociada.

Esto también altera los fines de la pena, pues esta no solo busca sancionar o castigar (la pena como retribución es una manifestación de la teoría absoluta de la pena), sino también prevenir delitos (teoría relativa), de modo que la prevención general va dirigida a la sociedad y la prevención especial al penado. En ese sentido, el mensaje no sería el correcto si la sociedad aprecia que un colaborador eficaz acusado, por ejemplo, de sicariato, y siendo responsable de muchas muertes, resulta eximido de pena o con una condena atenuada o suspendida por haber delatado o traicionado a sus coimputados, pues se podría entender que existe una vía libre para matar, traicionar y obtener impunidad, lo que no resulta ser un buen mensaje de prevención general.

Asimismo, desde el punto de vista de la prevención especial, resulta bastante cuestionable que la pena realmente haya calado en la persona del delator si tenemos en cuenta que, pese a los delitos graves que ha cometido, conoce que traicionando o siendo desleal con sus coinvestigados se librá de los efectos perniciosos de pagar una condena. Por el contrario, sentirá que es algo muy beneficioso para él, ya que podrá delinquir, delatar, traicionar y librarse de la pena en base a su delación o traición. Esto, sin duda, no generará una prevención especial concreta en la persona del colaborador eficaz (delator), además de constituir una forma muy sencilla de “sacarle la vuelta” al ius puniendi estatal. Por lo tanto, si tenemos en cuenta

que la pena es la medida de la culpabilidad, entonces el delator no responderá por su responsabilidad en el hecho, ya que la sanción punitiva será atenuada e incluso eximida, alterando con ello los fines de la pena.

No obstante, incluso con los cuestionamientos realizados, la razón en la cual se fundamenta la institución de la colaboración eficaz es de tipo político criminal. Los Estados parten de reconocer que es necesaria e importante la figura del colaborador eficaz para la lucha contra la delincuencia organizada, los delitos económicos y la corrupción, pues la utilización de dicha institución le brinda eficacia a la persecución penal. Es decir, se impone una razón utilitarista. Así como la pena tiene finalidades preventivas y busca evitar que los ciudadanos cometan delitos, las recompensas buscan motivar e incentivar que los imputados desarrollen una buena conducta procesal colaborando con la persecución penal, a fin de que la misma sea exitosa.

Por ello, **Cornejo, citado por Riquert (2011)**, señala que:

No es menos cierto que el legislador tuvo que enfrentarse ante lo incontrastable de la realidad, debiendo asumir que para combatir la criminalidad organizada hacían falta figuras hasta no hace mucho profanas en el derecho penal vernáculo (...) no es que el derecho conciba cualquier engendro, sino que ciertas coyunturas extremas compelen al legislador a privilegiar ciertos bienes sobre otros en aras de la preservación institucional. (p. 85).

Por su parte, **Báez, citado por Riquert (2011)**, señala que:

Fácil es concluir que la recepción del arrepentido en la legislación nacional se encuentra en una situación rayana con la lesión al debido proceso. Pero si este instituto es usado en forma excepcionalísima –para delitos de narcotráfico, terrorismo y secuestro de personas– con plena conformidad del imputado y su defensor en el acuerdo que desemboca en el reconocimiento de la culpabilidad, el cual no debe hallarse impregnado de la menor coacción física o moral, para que el encausado manifieste ante el juez del procedimiento su participación en

el hecho y coadyuve al desbaratamiento de organizaciones terroristas y secuestradoras de personas o el esclarecimiento de los sucesos de narcotráfico, es un instrumento válido para la política criminal del Estado. (p. 86).

En consecuencia, lo que se busca en este juego de intercambio entre delaciones y recompensas es brindarle eficacia a la persecución penal, pues como se mencionó, las técnicas tradicionales de investigación son ineficaces para luchar contra la delincuencia moderna (crimen organizado, delitos económicos y corrupción), por lo que se hace necesario dotar al sistema de persecución penal de técnicas modernas que brinden otra velocidad a la investigación criminal, permitiendo una respuesta por parte del Estado mucho más eficaz. Por lo tanto, el fundamento que emerge, y sobre el cual reposa la figura del colaborador eficaz, **es de tipo pragmático y utilitario**.

De esta manera, la delación del imputado y con ello la colaboración que realice, busca brindar sus efectos en el proceso penal (a eso apunta) y no en la pena (que resulta ser la consecuencia de la colaboración). La colaboración eficaz principalmente es una técnica para obtener información reservada, exclusiva y relevante para el proceso penal, con la cual se busca brindar eficacia a la investigación, imponiéndose su naturaleza utilitarista y pragmática para el proceso penal.

III. Entre el informante, el confidente, el arrepentido y el colaborador eficaz

Cuando revisamos literatura sobre técnicas de investigación es muy común encontrar que indistintamente se utilicen conceptos como informante, confidente, arrepentido, delator o colaborador eficaz para señalar o indicar a las personas que proporcionan información o alguna colaboración con la investigación penal. No obstante, es necesario precisar algunas consideraciones previas a efectos de deslindar lo que implica cada una de ellas.

Hablar del **informante o confidente** es referirse a aquella fuente de información humana que, de manera informal, brinda datos importantes sobre actos preparativos, delitos en ejecución o consumados, así

como la ubicación de los bienes, dinero, instrumentos o efectos del delito, y la localización de los autores o partícipes del mismo. Claramente, estas primeras pesquisas policiales tienen carácter extraprocesal porque se realizan fuera o preexisten al proceso penal, y se practican a efectos de encausar la investigación que realiza la policía.

Son indagaciones de tipo genérico que realizan los agentes policiales respecto de los lugares, zonas o territorios donde se ejecutan los delitos, para identificar a los autores o partícipes del mismo, las modalidades que practican y los instrumentos que emplean. En ese sentido, el informante o confidente es un medio predispuesto a proporcionar información respecto de hechos delictivos, por los cuales no será investigado ni tendrá la condición de imputado; por el contrario, dicha información vinculará únicamente a terceros con el hecho ilícito.

Por lo tanto, al no afectar derechos fundamentales de los investigados, esta práctica informal que realiza la policía no necesita de autorización fiscal ni mucho menos judicial. La informalidad de esta práctica radica en que el uso de informantes o confidentes ha sido una estrategia común y de larga data en el trabajo policial, ya que, generalmente, no se encuentra taxativamente regulada como una técnica de investigación o método para conseguir información; por el contrario, su aplicación responde a una institucionalización “de hecho”. Debido a ello, el confidente es un sujeto al que recurre la policía de manera informal y continua para obtener información de naturaleza extraprocesal sobre los instrumentos, bienes u objetos del delito, así como de los autores o partícipes del mismo².

2 El artículo 341, parte in fine, del Código Procesal Penal, prescribe que: “La Policía Nacional del Perú está facultada a utilizar la técnica de investigación de Informante o Confidente, en nivel de riesgo controlado para su aplicación, empleo, límites, control de reportes, responsabilidad y otros aspectos relacionados con la administración de actividades en la provisión de datos con relevancia penal. El Informante o confidente, es la persona que proporciona bajo cualquier motivación, la información confidencial sobre la comisión de delitos cometidos por banda u organización criminal. El registro de informantes o confidentes a efectos de ser beneficiados con pago pecuniario con recursos especiales de inteligencia y los respectivos procedimientos, se establece mediante Decreto Supremo”.

La información brindada por el confidente busca orientar la investigación policial respecto a la identidad de los autores o partícipes, así como la ubicación de bienes, instrumentos u objetos del delito, sin que el confidente tenga que insertarse dentro de algún grupo criminal o se camufle en una identidad e historia de vida falsa (como, por ejemplo, lo hace el agente encubierto), ya que el confidente se encuentra en una posición privilegiada respecto del delito, pues en muchas ocasiones resulta ser una persona allegada a la organización criminal o a alguno de sus integrantes (por razones de familiaridad, amistad o laborales), lo que definitivamente le permite el acceso a información relevante y reservada.

En ese sentido, resultan muy interesantes los ejemplos que propone Daniel Montoya (2010) respecto a las personas que, por su rol, pueden ser informantes al tener contacto, cercanía e información sobre actividades criminales:

Los datos de los clásicos informantes, como, por ejemplo: meseros, taxistas, porteros de hotel, casas de comida o prostitutas, son útiles pero muchas veces insuficientes para hacer frente a las grandes organizaciones que trabajan en el mundo de la droga. Con los aludidos colaboradores la policía mantiene contactos confidenciales sobre sus conocimientos acerca de las negociaciones que se efectúan con estupefacientes, así como también, sobre la ubicación y actuación de potenciales delincuentes, puntos de reunión de los integrantes de asociaciones delictivas y trabajos que realizan las organizaciones que se dedican al tráfico de drogas a fin de prevenir y reprimir este tipo de actividades. Las informaciones que se reciben pueden ser o no pagadas. (p. 149).

Por lo tanto, el informante o confidente constituye una institución importante de la investigación penal. Si bien es cierto, en muchos países no se encuentra taxativamente regulada o reconocida en la ley, su uso y práctica por parte de la policía es una realidad innegable que la norma aún no quiere reconocer. El reconocimiento legal de dicha figura podría incorporar también un sistema de recompensa económico a efectos de lograr que la referida institución sea más operativa, de modo que también se brinde al personal policial un instrumento en base al cual pueda lograr que los informantes o

confidentes se animen a colaborar con la justicia, pues en la realidad, al no encontrarse regulada, se desconoce la forma en la que los agentes policiales llegan a obtener la colaboración.

Como se aprecia, la regulación legal y el establecimiento de recompensas para los informantes o confidentes puede generar un impacto positivo en los ciudadanos que, por distintas razones, posean información de interés para la persecución penal, motivándolos e incentivándolos no solo a que denuncien hechos ilícitos, sino a que, sobre todo, adopten una conducta cívica positiva, responsable y contributiva con la Administración de justicia.

La realidad indica que cada vez son más las personas que no desean colaborar con la investigación penal y con la Administración de justicia, pues tienen temor de verse involucrados en un proceso penal debido a razones de inseguridad, económicas, familiares, laborales, etc.

Por ello, en dicho contexto, cobra mayor relevancia la figura del confidente o informante, por lo que considero debe dejar de ser una práctica informal para constituirse en una institución reconocida legalmente a fin de que pueda surtir efectos procesales, no solo a partir del incentivo (económico) que se debe establecer para motivar a que los confidentes o informantes pongan en conocimiento hechos delictuosos, sino también para regular la forma en que dichas fuentes de prueba deben ser ingresadas o incorporadas al proceso penal, pues en la actualidad las “labores de inteligencia” realizadas por la policía a partir del uso de informantes o confidentes no tiene ningún valor legal o probatorio. Por ello, su regulación legal permitiría que estas prácticas policiales dejen de ser informales o clandestinas para convertirse en métodos de averiguación de la verdad o técnicas de investigación debidamente reconocidas y retribuidas por el Estado, fortaleciendo así la eficiencia de la investigación penal.

Por otro lado, en lo concerniente al arrepentido y al colaborador eficaz, hay quienes suelen hacer diferencias entre ambos. Por ejemplo, Frisancho Aparicio (2019) señala que:

En la doctrina procesal se distingue entre la figura del “arrepentido” y el colaborador eficaz. El primero puede llegar

a influir en las consecuencias nocivas del delito cometido o sobre su desarrollo. Por ejemplo, puede evitar que el dinero ilícito obtenido por su organización logre ocultarse o evitar que se consuma un delito delatando a sus autores o partícipes. Generalmente el “arrepentido” acude a la autoridad para informar y someterse a las decisiones tácticas del órgano persecutor del delito. En cambio, el colaborador eficaz pues puede no estar “arrepentido” para cometer más delitos a futuro o no dar toda la información que conoce a la autoridad (colaboración parcial). Lo que hace el colaborador es ayudar a la autoridad a buscar elementos probatorios de cargo a cambio de beneficios de reducción o exención de pena. (p. 86).

Al respecto, debo señalar que lo que regula la legislación procesal es la figura del colaborador eficaz y no la del arrepentido. Además, las funciones que le asigna el referido autor al arrepentido (influir en las consecuencias nocivas del delito cometido o sobre su desarrollo) han sido previstas por la ley como deberes del colaborador eficaz para llegar a determinar que su información o delación es, en efecto, eficaz. En ese sentido, la información que proporcione el colaborador debe permitir, alternativa o acumulativamente: **a)** evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva; **b)** conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando; **c)** identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse, o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla, menguarla o detener a uno o varios de sus miembros; **d)** entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva (artículo 475 del Código Procesal Penal).

Por lo tanto, evitar las consecuencias nocivas del delito cometido o influir sobre su desarrollo son cuestiones que deben ser tenidas en cuenta por el juez al momento de valorar no solo la eficacia de la información brindada, sino también el comportamiento del

colaborador.

En ese sentido, considero que “arrepentido” y “colaborador eficaz” son nominaciones que se utilizan indistintamente en diversos países, como por ejemplo arrepentido en España y Argentina, y colaborador eficaz en Perú, para hacer referencia a un imputado que se somete a la justicia y busca colaborar con ella, brindando información que incrimine a sus coimputados a cambio de algún beneficio punitivo. En España, se señala que los arrepentidos son coimputados que optaron por desvincularse del hecho delictivo mediante la delación de los otros coimputados, colaborando así con el descubrimiento y persecución de los delitos (Climent Duran, 2005, p. 594). Asimismo, Climent Duran cita la sentencia del Tribunal Supremo Español N.º 210/1995 del 14 de febrero, que señala que:

El arrepentido es un informador que debe ser tratado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba, y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza actuar en función de ese arrepentimiento (p. 594).

En Argentina, Llera, citado por Marcelo Riquert (2017), señala que “la figura del colaborador con la justicia supone un tránsito de lo puramente penal a lo procesal, puesto que, la colaboración interesa en la medida que implique una contribución a la obtención de nuevos indicios o pruebas” (p. 164).

El Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada, publicado por la Oficina de las Naciones Unidas (2008)³, señala que:

Una persona que haya participado en un delito relacionado con una organización delictiva posee conocimientos importantes sobre la estructura de la organización, sus métodos de funcionamiento, sus actividades y sus vínculos con otros grupos locales o extranjeros. Cada vez más países han

3 Véase en: [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20Practices%20\(S\).pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20Practices%20(S).pdf)

adoptado legislación o políticas para facilitar la cooperación de esas personas en la investigación de casos que guarden relación con la delincuencia organizada. Esas personas son conocidas por nombres muy diversos; entre ellos, “testigos cooperadores”, “testigos de la Corona”, “colaboradores testigos” “colaboradores de la justicia”, “testigos del Estado”, “supersoplones” y “arrepentidos”. En su motivación para cooperar no interviene un elemento moral. Muchos de ellos cooperan con la esperanza de obtener la inmunidad o como mínimo una pena de prisión reducida y protección física para ellos y sus familias. Se hallan entre los principales participantes en los programas de protección de testigos. (p. 23).

En el Perú, resulta muy interesante la diferenciación que realiza Quispe Farfán (2018) entre el colaborador coimputado o colaborador testigo y el colaborador informante, señalando que:

El colaborador coimputado o colaborador – testigo, es aquel que tiene conocimiento de los hechos debido a su condición de coimputado, por lo que ostenta una posición única en la narración de los hechos o sin serlo ha sido testigo de los hechos. Debido a ello tiene mayor riesgo en su seguridad lo que se extiende en el tiempo, pues no basta que proporcione la información en su proceso de colaboración, sino que sus deberes generados por el proceso de colaboración eficaz, tienen que ver con la obligación de presentarse posteriormente como testigos en los diferentes procesos penales en los que se le requiera. Por su parte, **el colaborador - informante o *fingerpointer*** es aquel que proporciona información en torno a hechos que conoce relacionados con el delito sin que haya sido testigo material de un hecho o hechos determinados, por ejemplo, el caso de colaborador que tiene información sobre el lugar donde se encuentran escondidos determinados cabecillas requisitoriados, o que tiene conocimiento de la persona que actúa como testaferro o ayuda a identificar los bienes delictivos, etc. La necesidad de reserva de su identidad es necesaria a fin de evitar que se conozca la fuente de información, aunque posteriormente no sea necesario su presencia en juicio, pues la información que proporcionó ha generado actos de investigación. (p. 19 - 20) (el subrayado es propio).

Al respecto, debo precisar que el proceso de colaboración eficaz peruano se refiere al colaborador coimputado o colaborador - testigo, y no así al colaborador - informante o *fingerpointer*, que vendría a ser el informante o confidente que hemos señalado en líneas anteriores, y que además necesita ser regulado y reconocido legislativamente para sacarlo de la clandestinidad en la que se utiliza.

Por mi parte, considero que el colaborador eficaz tiene una **definición estructural**, toda vez que en un primer momento, como condición del procedimiento, debe aceptar cargos y su responsabilidad penal, realizando de esta manera un acto de confesión y, luego de ello, en un segundo momento, declarando hechos que ha percibido o de los que tiene conocimiento, brindando información que sirva para delatar e incriminar a sus coacusados; es decir, realizará una declaración respecto de hechos realizados por terceros, actuando en ese momento como testigo.

Por lo tanto, el colaborador eficaz es aquella persona natural o jurídica que, habiendo aceptado sus cargos o responsabilidad penal y habiéndose comprometido a abandonar voluntariamente sus actividades delictivas, obra motivado por razones premiales o de cualquier otra índole para colaborar con la justicia, brindando información útil y eficaz que permita identificar a los partícipes del delito e integrantes de la organización criminal; conocer la forma, modo, detalles y circunstancias en que se ejecutó, consumó y agotó el delito; conocer la estructura, funcionamiento y cadena de mando de la organización criminal; obtener la prueba de cargo necesaria para lograr el éxito de la investigación; recabar los instrumentos, objetos, efectos y ganancias obtenidas producto de las actividades criminales de la organización delictiva; y capturar a los cabecillas e integrantes de la empresa criminal y permitir conocer cuáles son las fuentes de financiamiento, vínculos políticos y empresariales de la organización.

La información debe ser corroborada y el acuerdo debe ser aprobado judicialmente para que el colaborador pueda acceder a una exención de la pena, disminución de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, o remisión de la pena en caso esté en etapa de ejecución.

En la actualidad, el artículo 1, inciso 2, del Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS señala que el colaborador eficaz es la persona sometida o no a una investigación o proceso penal, o que ha sido condenada, se ha disociado de la actividad criminal y se presenta ante el fiscal o acepta la propuesta de este para proporcionar información útil, procurando obtener beneficios premiales. El inciso 6, del artículo 1, del mismo cuerpo normativo señala que la delación es el acto de proporcionar información útil que permita perseguir con eficacia las conductas delictivas graves o cometidas por organizaciones criminales, ejecutadas o por ejecutar, a efectos de obtener determinados beneficios premiales.

IV. Modelos procesales de la colaboración eficaz

Es fundamental analizar la manera en que el proceso penal ha evolucionado en su interacción con la figura del colaborador eficaz. Según el momento en que se realiza la colaboración, el proceso penal ha adaptado y ajustado sus enfoques para responder a esta dinámica. En ese sentido, pueden identificarse claramente dos momentos clave en los que se ha desarrollado la colaboración o delación. Un primer momento, y el más compatible para hacerlo, resulta ser la etapa de la Investigación Preparatoria (si, según el modelo procesal, investiga el fiscal) o de Instrucción (si, según el modelo procesal, investiga el juez). Este momento es considerado el más oportuno, ya que la información proporcionada por el colaborador puede orientar de manera decisiva el rumbo de la investigación. Con base en dicha información, el Ministerio Público o el Juez Instructor pueden diseñar un plan metodológico de investigación.

El otro momento procesal en el cual puede darse la colaboración del coacusado es la etapa estelar del proceso penal, es decir, el juicio oral. Ello obedece a una decisión tardía por parte del colaborador, quien considera que ante una eventual sentencia condenatoria, lo mejor para sus intereses es someterse a la colaboración y contribuir con el sistema de justicia a cambio de un beneficio premial. Teniendo como referencia la oportunidad procesal en el cual se realiza la colaboración, se han desarrollado dos sistemas de colaboración eficaz muy marcados: el euro continental y el anglosajón. En el

primero, la colaboración se realiza en la fase de instrucción; mientras que, en el segundo, la delación del colaborador se realiza en el juicio oral.

En la misma línea de análisis, resulta pertinente lo señalado por **Sánchez García de Paz** (2005) al referirse a los modelos de regulación de la figura del arrepentido o del coimputado que colabora con la justicia:

Básicamente, siguiendo a Gropp, encontramos dos modelos de regulación de la figura del arrepentido que colabora con la justicia:

a. De acuerdo con el primer modelo, el arrepentido entra en escena como testigo en el juicio oral y está obligado a declarar en el mismo como condición para obtener algún tipo de inmunidad que le permite dejar de ser imputado (*grant of immunity*). Está entonces expuesto a una situación de peligro especial, por lo cual se le otorga la condición de testigo protegido. Así lo solemos encontrar en los países anglosajones, como Estados Unidos y Gran Bretaña, también en Polonia desde la ley de 1. 9. 1998 sobre la figura.

b. Conforme al segundo modelo, el arrepentido interviene fundamentalmente en la fase de instrucción del procedimiento, colaborando con las autoridades de persecución penal en el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de los culpables, conducta premiada generalmente de modo facultativo para el juez con una rebaja o incluso una exclusión de la pena. Como no tiene necesariamente que aparecer ante el tribunal como testigo no tiene por qué preverse siempre un programa de protección de testigos para él. Este es el modelo propio de Alemania, Suiza, Austria y Holanda; y también del Derecho español.

Elementos de ambas categorías encontramos en la regulación italiana. (pp. 3 - 4).

No obstante, yo diría que después del modelo mixto italiano existe un cuarto modelo: el modelo peruano del proceso de colaboración eficaz.

En el modelo peruano, la delación o declaración del colaborador, así como los actos de corroboración, se realizan en un proceso penal especial; es decir, en un contexto distinto al proceso penal común o receptor, en el cual deberá surtir sus efectos probatorios como prueba de cargo. Sin embargo, el hecho de que la delación y los actos de investigación o corroboración se realicen fuera del proceso penal común o principal, trae consigo una serie de problemas en los cuales están comprometidos una serie de derechos fundamentales de naturaleza procesal de los justiciables.

Por otro lado, no solo se regula la delación premiada o la colaboración con la justicia en las normas procesales penales, sino que existen supuestos donde la colaboración ha sido regulada en la *parte general o especial* del Código Penal. Por ejemplo, el artículo 19 del Código Penal señala que:

Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito, aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación.

Sin lugar a dudas, esto constituye una manifestación de colaboración con la justicia, ya que, en el proceso penal, el colaborador que haya logrado impedir la ejecución del delito o su resultado, deberá delatar a sus coimputados a cambio de un beneficio premial.

Respecto a la regulación de la parte especial, también se contemplan expresamente algunos beneficios premiales por colaborar con la justicia. Un ejemplo de ello fue la Ley N.º 24651 de fecha 19 de marzo de 1987, por medio de la cual se introdujo en el Libro Segundo del Código Penal, la Sección Octava “A” denominada “De los Delitos del Terrorismo”, y en su artículo 2, el artículo 85 – A, que prescribía como circunstancias eximentes o atenuantes para la graduación individual de las penas, las conductas de los sujetos que hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presenten a las autoridades confesando los hechos en los que hubieren participado, y que con su conducta hubieren evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso, o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para

la identificación o captura de otros responsables, etc. Asimismo, el integrante, colaborador o cooperador de grupos terroristas que se encuentre en prisión condenado por sentencia firme, podrá obtener la libertad condicional sin los requisitos exigibles por el artículo 58 del Código Penal, si concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el apartado b) de este artículo. Como se aprecia, en el derecho penal especial también se han consignado supuestos de colaboración eficaz.

Finalmente, Castillo Alva (2018) señala que:

En el derecho comparado, especialmente en España y América Latina, la regulación de la delación premiada puede merecer diverso tratamiento legislativo: (a) Es posible regular la delación premiada dentro de las reglas de la parte general del Código Penal como causas de exención o atenuación de la pena (...). También es posible su regulación dentro de las reglas de la determinación judicial de las penas; (b) la incorporación de la colaboración eficaz dentro de la parte especial del Código penal, estableciendo diversas disposiciones que atenúen (o exoneren) la responsabilidad penal, según determinada clase y forma de la criminalidad; (c) Se puede regular la delación premiada en el Código procesal penal como una forma y modalidad aplicativa del principio de oportunidad, tal como sucede en la legislación procesal Colombiana y Costarricense; (d) es posible regular la delación premiada en el Código procesal penal como una forma de proceso especial; y (e) se regula la delación premiada dentro de una ley especial, al margen del derecho penal sustantivo o el estatuto procesal penal, en la que se establece sus requisitos, finalidad, procedimiento y beneficios v.gr. Brasil (Ley N.º 12.850/2013) y Argentina (Ley 27304). (pp. 296 - 297).

En el Perú, desde el 19 de marzo de 1987, fecha en que entró en vigencia la figura de la colaboración eficaz a través de Ley N.º 24651, el modelo que se acogió fue el de la Instrucción, ya que el colaborador, con la información que brindaba, orientaba la investigación del juez instructor. Recordemos que en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y en el Código Procesal Penal de 1991 no existían procesos especiales donde se recababa la delación del colaborador, por lo que la corroboración de la misma se realizaba en el propio proceso penal.

Ello cambió a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004, que regula el proceso especial de colaboración eficaz.

V. El estándar de corroboración exigido para que el juez apruebe el acuerdo de colaboración eficaz

El proceso de colaboración eficaz, según el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS, es un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, que tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia. Asimismo, le agregaría que, al ser el aspirante a colaborador un coimputado cuya declaración resulta sumamente sospechosa (ya que buscará delatar a sus coimputados a cambio de favorecerse con un beneficio premial), resulta ser un componente muy importante de este proceso **el principio de corroboración**, pues sólo corroborando dicha delación el colaborador se convertirá en una fuente de prueba fiable y legítima, obteniendo eficacia probatoria para surtir efectos procesales, como por ejemplo, para que pueda acceder a un beneficio premial.

En ese sentido, Castillo Alva (2017) señala que “la corroboración exige que la declaración del coimputado esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente de la propia declaración que vincule al imputado con el delito, lo que permite confirmar o contrastar las afirmaciones incriminantes” (pp. 280 - 281).

Resulta sumamente importante resaltar que la corroboración será más efectiva si se realiza a través del *método de la contradicción*. Para corroborar cualquier declaración, y con mayor razón, la de un coimputado que se mueve en base a sus intereses de verse favorecido con un beneficio premial, se debe recurrir al contradictorio, a efectos de que dicha declaración sea sometida a los pesos y contrapesos que genera la contradicción. Luego, si dicha declaración pasa los filtros de la contradicción y se mantiene incólume en cuanto a su credibilidad y verosimilitud, entonces podremos decir que es una prueba fiable. Así también lo entiende Fernández López (2017), quien señala que:

Si hay una exigencia que destaca sobre el resto a la hora

de evaluar la fiabilidad del testimonio es, sin duda, la de su corroboración mediante datos externos de carácter objetivo. La credibilidad del declarante y la verosimilitud de su declaración son condiciones necesarias pero no suficientes para que el testimonio pueda fundamentar una sentencia de condena. La manera de minimizar la posibilidad de error judicial al valorarlo es asegurar que su contenido se encuentre respaldado por otras pruebas, especialmente en aquellos casos en los que el testimonio prestado no se ha sometido a contradicción o, como consecuencia del estatuto del declarante (en el caso de los coimputados), las posibilidades de contradicción se hayan visto seriamente comprometidas (p. 161).

Reforzando ello, Popper, citado por Ferrer Beltrán (2007), señala que “una hipótesis tendrá un nivel de corroboración mayor cuanto mayores sean los controles y desafíos a los que haya sido sometida, habiéndolos superado con éxito” (p. 86). Asimismo, Ferrer Beltrán (2007) señala que “en este caso, puede decirse que el modo de implementar jurídicamente mecanismos que faciliten la corroboración es el denominado principio de contradicción” (p. 87).

En consecuencia, la corroboración se materializará de mejor forma si se realiza a través de la contradicción, ya que Ferrer Beltrán (2007) señala que el referido principio permite 4 tipos de controles probatorios: **1)** un control sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión de la prueba (i.e., el principio de admisión de toda prueba relevante y las excepciones establecidas por reglas de exclusión jurídicas); **2)** la práctica de la prueba de forma contradictoria, esto es, permitiendo la intervención de las partes en la misma; **3)** la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer a éstas y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible; **4)** la posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (o pruebas sobre la prueba) que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte.

Luego de desarrollar lo importante que es el principio de contradicción para la corroboración de la delación del colaborador y para su eficacia probatoria, corresponde analizar cuál es el estándar probatorio requerido para que el juez tenga por corroborada la delación y con

ello apruebe el acuerdo de colaboración. Para ello, tenemos que ir a la fuente normativa. En ese sentido, el Decreto Legislativo N.° 1301 señala que: recibida la solicitud, el fiscal podrá disponer el inicio del procedimiento por colaboración eficaz, ordenando las diligencias de corroboración que considere pertinentes para **determinar la eficacia de la información proporcionada**. En estos casos, podrá requerir la intervención de la Policía Nacional del Perú para que, bajo su conducción, realice las indagaciones previas y eleve un Informe Policial (artículo 473 del Código Procesal Penal).

Asimismo, el fiscal, si estima que la información proporcionada no permite la obtención de beneficio alguno, por no haberse corroborado suficientemente sus aspectos fundamentales, denegará la realización del acuerdo y dispondrá se proceda respecto del solicitante conforme a lo que resulte de las actuaciones de investigación que ordenó realizar (artículo 476.2 del Código Procesal Penal).

Por su parte, en el **Decreto Supremo N.° 007-2017-JUS**, se señala que los actos de investigación destinados a corroborar la delación del colaborador, conforme a su naturaleza, se rigen por las formalidades del Código Procesal Penal. Si para corroborar lo dicho por el colaborador se requiere una medida limitativa de derechos, el juez penal competente evaluará su procedencia con proporcionalidad, conforme al estado del proceso. Las diligencias de corroboración son reservadas (artículo 16). Si el fiscal desestima la concesión de beneficios, deberá emitir una disposición debidamente motivada justificando cuál es la causal de denegación: **a.** la información no resulta útil, relevante, suficiente y pertinente; **b.** falta de corroboración o **c.** falsedad de la información (artículo 25). El beneficio del Convenio Preparatorio sólo vincula al fiscal **cuando se corroboren los hechos objeto de delación**. Si los hechos objeto de delación son corroborados parcialmente, el fiscal podrá variar proporcionalmente el beneficio objeto del convenio preparatorio (artículo 28).

En ese sentido, el proceso de colaboración eficaz se edifica sobre la base del consenso, el secreto y la ausencia de contradicción, para que dichos elementos proporcionen eficacia a la investigación penal, buscando alcanzar fines de oportunidad y obtención de prueba para el esclarecimiento de los hechos. Pero **¿cuál es el estándar probatorio que necesita el juez penal del proceso especial para dar**

por corroborada la delación del colaborador?; asimismo, ¿cuál es el grado de eficacia que debe alcanzar la delación o colaboración para que el juez pueda otorgar el beneficio premial?

El proceso de colaboración eficaz como instrumento de lucha contra el crimen organizado, la delincuencia económica y la corrupción, lo que busca es averiguar y conocer ¿cómo es que se realizó o se realizarán los delitos?, y esa información se va a obtener a partir de la delación que brinde el colaborador eficaz. Pero esta no es gratis, ya que a cambio de la misma el Estado debe brindar una contraprestación a favor del colaborador, lo cual se traduce en un beneficio premial. Por lo tanto, antes de que el Estado entregue la contraprestación (beneficio premial) debe asegurarse de que la información o delación brindada haya sido debidamente corroborada. En consecuencia, será la delación brindada por el colaborador lo que debe ser materia de corroboración. Pero **¿cuál es el estándar probatorio que necesita el juez penal para dar por corroborada la delación del colaborador?** Esa respuesta la encontramos en el artículo 476 inciso 2 del Código Procesal Penal, que señala que:

El Fiscal, si estima que la información proporcionada no permite la obtención de beneficio alguno, **por no haberse corroborado suficientemente sus aspectos fundamentales**, denegará la realización del Acuerdo y dispondrá se proceda respecto del solicitante conforme a lo que resulte de las actuaciones de investigación que ordenó realizar. (el subrayado es propio).

Aquí la regla de corroboración surte todos sus efectos, por lo tanto, si la delación del colaborador no es **suficientemente corroborada**, el fiscal denegará el acuerdo.

En consecuencia, debe quedar claro que la finalidad del proceso de colaboración eficaz no es investigar hechos a efectos de poder determinar la responsabilidad penal de algún imputado o del sindicado, ya que este proceso no tiene una naturaleza contradictoria, que es el contexto donde se debe determinar la responsabilidad penal. Por el contrario, al no haber contienda y al no existir una pretensión penal que delimite el objeto del proceso, la finalidad del mismo es corroborar declaraciones (delaciones). En suma, **será función del**

juez valorar la fiabilidad de la delación a partir de los elementos de convicción que la puedan corroborar en un estándar de suficiencia. Como señala Asencio Mellado (2017):

En resumen, la ausencia de contradicción es producto de un entendimiento de la norma, cuyo fin no es acreditar los hechos imputados, sino conceder un beneficio. La corroboración tampoco tiene como finalidad la de acreditar los hechos, sino la de confirmar cierta fiabilidad y la importancia cuantitativa de lo conocido, a los solos efectos de otorgar un beneficio, de concluir un acuerdo. La fiabilidad que se pretende es meramente la de constatar la probabilidad de veracidad, pero a los meros efectos de una concesión, no la de servir de base a una condena. (p. 43).

Un antecedente a este estándar de suficiencia lo podemos encontrar en el artículo 13 de la Ley N.º 27378, que señalaba lo siguiente:

Si el Fiscal estima que la información proporcionada no permite la obtención de beneficio alguno, **por no haberse corroborado categóricamente**, denegará la realización del acuerdo y dispondrá que se proceda respecto del solicitante conforme a lo que resulte de las actuaciones de investigación que ordenó realizar. Esta decisión no es impugnabile. (el subrayado es propio).

En consecuencia, para que el juez acepte el acuerdo la delación del colaborador tenía que haberse corroborado **categóricamente**. Sin embargo, dicho estándar fue variado con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1301, que exige un **estándar de suficiencia**, lo que implica que los elementos de convicción obtenidos producto de la corroboración deben ser suficientes para concluir que la delación del colaborador es fiable, verosímil y eficaz. **El estándar de suficiencia va dirigido a concluir en la fiabilidad probatoria de la delación.**

Por lo tanto, la **corroboración interna** se realiza dentro del propio proceso de colaboración eficaz (proceso fuente) para los efectos del otorgamiento del beneficio premial, pues aquí la corroboración **tiene como finalidad confirmar la fiabilidad de la declaración del**

colaborador, por lo que la suficiencia probatoria debe ir dirigida a ello. En cambio, en el proceso penal derivado o conexo, lo que se debe realizar es la **corroboración externa** a partir de los elementos de convicción recabados en el propio proceso penal (receptor), conforme a lo exigido en el artículo 158.2 del Código Procesal Penal, la cual va dirigida a corroborar la intervención del coimputado inculcado en los hechos delictivos.

Por otro lado, la delación del colaborador no solo debe ser fiable y verosímil, sino que también debe ser **eficaz**. En ese sentido, el colaborador podrá obtener como beneficio premial, teniendo en **cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración**, en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, los siguientes: exención de la pena, disminución de la pena, suspensión de la ejecución de la pena o remisión de la pena para quien la está cumpliendo.

Para que puedan acceder a dichos beneficios, la delación **debe ser eficaz** y debe permitir: **a)** evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Así como impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva; **b)** conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando; **c)** identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse, o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla, menguarla o detener a uno o varios de sus miembros; y **d)** entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva (artículo 475 del Código Procesal Penal).

Por lo tanto, el juez, al momento de valorar el acuerdo de colaboración eficaz, deberá analizar no solo que la delación haya sido **suficientemente corroborada**, sino que además **debe ser eficaz para la persecución del delito**.

VI. La valoración de la delación del colaborador eficaz en el proceso penal conexo, derivado o receptor

Un aspecto importante resulta ser la valoración que realizará el juez penal del proceso receptor respecto de la delación del colaborador eficaz. La declaración del colaborador eficaz tiene naturaleza testimonial; sin embargo, además de verificar los criterios de valoración de la prueba personal o testimonial, el juez penal siempre debe tener en cuenta que se trata de una prueba sospechosa, por tratarse de una persona que ha traicionado a sus coimputados, colegas o socios del delito, de modo que los traidores no suelen ser confiables. También se torna sospechosa debido a que el delator obra motivado por el interés personal de querer alcanzar un beneficio premial, que le permita evitar o rehuir los efectos de la pena. En consecuencia, en dicha valoración se deberán tener en cuenta estas circunstancias, además de la concurrencia de otros elementos probatorios que corroboren la delación y eliminen las sospechas.

La valoración de la prueba es una de las instituciones que más ha evolucionado en el proceso penal. En efecto, el primer sistema que conoció el proceso penal fue el de la **Prueba Tasada**. En dicho sistema el legislador buscaba limitar el poder facultativo y discrecional del juzgador, estableciéndole un catálogo o carta probatoria de las cuales se podían servir las partes para corroborar sus pretensiones. De esta manera, se le asignó un peso o valor probatorio a cada medio de prueba al cual el juez se encontraba vinculado. Por ejemplo, la declaración de un burgués valía menos que la de un noble; y la de un hombre valía más que la de una mujer. Una discriminación probatoria, propia de su tiempo, cultura y sociedad clasista, como lo fue la edad media.

Por lo tanto, los medios de prueba a utilizar por las partes y por el juez, así como los pesos probatorios que el juez debía asignarle a cada medio de prueba, ya se encontraban previamente regulados en la ley. El juez se encontraba sujeto a ellos, por lo que era una prueba legal, ya que sus requisitos y pesos probatorios venían previamente configurados en la ley. Como resulta obvio, al encontrarse el juez vinculado a dichos parámetros probatorios, para fundamentar su

sentencia sólo podía basarse en la prueba directa y tasada, por lo que, si no se llegaba a actuar la prueba requerida, el juez no tenía más opción que absolver, no pudiendo recurrir a la prueba indirecta (indiciaria).

Frente a ello surge el sistema de *libre valoración de la prueba*. Si en el sistema anterior el juez se encontraba totalmente sujeto o vinculado a las reglas probatorias tasadas, en este sistema el juez cuenta con libre albedrío para valorar la prueba. Surge así un nuevo modelo de apreciar la prueba: **como la íntima convicción o la apreciación con criterio de conciencia**. Sin embargo, si bien al juez se le liberó de las pruebas y pesos probatorios tasados, como siempre suele suceder cuando las libertades no son bien administradas, dicha libertad se degeneró y se convirtió en un poder omnímodo del juez.

Lo que generó el cambio de cultura judicial fue la aparición del Jurado, pues se impuso la idea de que la justicia debe ejercitarse por el pueblo como una manifestación democrática. El Jurado se encontraba conformado por ciudadanos de a pie, razón por la que difícilmente se les podía exigir conocer toda la legislación existente en ese momento respecto de los requisitos y reglas de valoración tasadas sobre la prueba. En suma, a jueces legos no se les podía exigir conocimientos y comportamientos propios de jueces técnicos, por lo que resulta comprensible que los primeros formaran su convicción en base a lo que su razón o conciencia les dictara. Sin embargo, ello no es óbice para que hayan aplicado reglas extra jurídicas, como lo son la lógica, el sentido común y su experiencia; reglas comunes a todo hombre promedio y que forman parte del razonamiento humano.

Un aspecto importante del Jurado constituye el hecho de que sistematizó el proceso penal, en el sentido de que sólo le interesaba la prueba actuada en la audiencia. Es decir, el Jurado sólo podía fundamentar su veredicto en las pruebas actuadas, vistas y oídas por sus integrantes en el juicio oral. La actuación e intermediación con que se realizaba la actividad probatoria iba generando que los integrantes del jurado vayan formando su convicción, denominada íntima, porque es la que le dicta su conciencia en base a las impresiones, sensaciones y hasta emociones que el medio de prueba haya podido proyectar.

Por lo tanto, el Jurado llegaba a concluir en la culpabilidad o inocencia

de un acusado a partir de lo que su íntima convicción le dictaba, apreciando las pruebas con criterio de conciencia, es decir, sin reglas jurídicas que limiten o restrinjan a sus integrantes. Por ejemplo, podría ser el caso de que su íntima convicción les dijese que el acusado era culpable, aunque no se haya actuado prueba suficiente para concluir ello. Esto abrió la puerta a la emisión de sentencias en base a prejuicios, presunciones y conjeturas.

En ese sentido, si el jurado valoraba las pruebas con criterio de conciencia no se encontraba obligado a motivar su sentencia, ya que dictaminaba según su íntima convicción, en base a lo que su mundo interno o psicológico le aconsejaba. Por ende, la valoración probatoria se tornó en una actividad netamente subjetiva del Jurado, lo que lo liberó de la obligación de motivar su veredicto, desencadenando una facultad libérrima y absoluta del juzgador.

Aunque parezca fuera de contexto, este sistema de valoración probatoria aún subsiste en nuestros códigos. Por ejemplo, el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales de 1940 lleva como sumilla “**Criterio de Conciencia**” y señala que:

Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia. Tratándose de declaraciones obtenidas en los procedimientos por colaboración eficaz, para que el Juez dicte sentencia condenatoria e, inclusive, cualquier medida cautelar, resulta indispensable que las informaciones que proporcionen los colaboradores estén corroboradas con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las imputaciones formuladas.

Sin embargo, debemos hacer una aclaración. Los jueces que aplican las normas procesales del Código de Procedimientos Penales de 1940 valoran la prueba con criterio de conciencia, sin que ello implique que se encuentran exonerados de su deber de motivar sus resoluciones.

Al respecto, resulta muy importante lo señalado por **Moreno y Cortés** (2015), cuando mencionan que:

Como una interpretación de este tipo podía desembocar en la arbitrariedad, el TC y el TS pusieron coto a la práctica forense

de entender que el juez estaba limitado solamente por su conciencia, sin necesidad de justificar su decisión (empezando por la STC 31/1981, basándose en las exigencias del derecho a la presunción de inocencia). En definitiva, cualquiera que sea la convicción del tribunal, si las pruebas no acreditan el hecho delictivo y la participación del acusado o existen dudas al respecto, se impone una sentencia absolutoria porque para que sea posible la condena, no basta con la probabilidad de que el investigado sea el autor, ni con la convicción moral de que ha sido (STS de 9 de setiembre de 1992). Por tanto, como dice el TS, la estimación en conciencia a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo (p. 425).

Por el contrario, el Jurado se encontraba exonerado de motivar sus resoluciones porque a sus integrantes o jueces legos no se les podía exigir justificar su sentencia o veredicto desde el punto de vista jurídico, pues les bastaba la íntima convicción. Dicha facultad o licencia le alcanza únicamente al juez lego, mas no al juez técnico. Con razón **Mittermaier**, citado por Asencio Mellado (2008), señalaba que “lo que se entiende por las palabras íntima convicción aplicadas al Jurado no puede aplicarse del mismo modo a los jueces” (p. 35).

La valoración de la prueba, al ser una actividad humana, siempre es subjetiva, ya que la persona lo hará de acuerdo a su mundo interno, impresiones, creencias y experiencia. Por ello, debemos entender que hay libertad para valorar la prueba, pero no mucha. Es decir, el juez puede otorgarle el peso o valor que desee a un medio de prueba, pero tiene el deber de justificarlo, explicando las razones del por qué ese medio probatorio le brinda confianza, es creíble y verosímil, y el de la otra parte no. Sólo realizando dicho procedimiento justificativo y explicativo de la valoración probatoria realizada, su razonamiento probatorio podrá ser controlado en la instancia revisora, por cuanto se trata de una convicción objetivada. Por lo tanto, se encuentra obligado a realizar un análisis crítico de la prueba, basado exclusivamente en bases sólidas y objetivas.

Surge así otra manifestación o sistema dentro de la libre valoración de

la prueba: la **Sana Crítica**. Esta aparece como una postura intermedia entre la libre valoración de la prueba (sin sometimiento a reglas o control alguno) y el sistema de prueba tasada (el juez se encontraba sometido a las reglas y pesos probatorios preestablecidos en la ley), ya que en la Sana Crítica el juez penal es libre de valorar la prueba y otorgarle el peso probatorio que crea conveniente, pero debe justificar, explicar y motivar por qué le otorgó dicho peso o valor. En la Sana Crítica, la libertad de valoración de la prueba está condicionada al uso de reglas extrajurídicas como la lógica, la ciencia, las máximas de la experiencia y, por supuesto, el sentido común, siendo que la aplicación de dichas reglas van a permitir que la valoración probatoria se encuentre, correcta o incorrectamente, justificada.

Señala **Asencio Mellado** (2008) que:

La apreciación en conciencia de la prueba no debe ya ser concebida como una operación puramente subjetiva en virtud de la cual se arriba a una conclusión de culpabilidad por medio únicamente de impresiones, conjeturas, o de representaciones de la realidad difícilmente plasmables posteriormente en el razonamiento fáctico de la sentencia. (p. 39).

Dicho autor continúa su idea, citando a **Montero Aroca**, quien señala que “la prueba libre es valoración de acuerdo con las leyes comunes de la lógica, de la razón, las máximas de la experiencia, los conocimientos científicos seguros, la crítica, en definitiva, valoración libre, no libérrima, discrecional pero no arbitraria” (p. 39). Por otro lado, controlar un razonamiento judicial sin base objetiva, por devenir de la íntima convicción, es imposible.

Debido a ello, los sistemas procesales donde existe Jurado se constituyen siempre como sistemas de única instancia, por cuanto estos, en su calidad de jueces legos, no están obligados a motivar sus resoluciones, por lo que no existe motivación o razonamiento probatorio que controlar por la instancia superior. Por el contrario, lo que propone la Sana Crítica es una valoración o análisis crítico y razonado de los medios de prueba y de los resultados probatorios, cuyas conclusiones arribadas deben ser producto del contraste con las máximas de la experiencia, la lógica, la ciencia y el sentido común. Ese es el modelo de valoración probatoria de nuestros días.

En ese sentido, señala **Nieva Fenoll (2010)**, que la valoración de la prueba es:

La actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. Diferente de la valoración será la motivación, que será la puesta de manifiesto, normalmente por escrito, de esa percepción (p. 34).

Por su parte, **Climent Duran (2005)** señala que:

La valoración es, ante todo, una labor de comparación entre los hechos afirmados por las partes y las afirmaciones instrumentales que, aportadas por los diversos medios probatorios, se reputan como ciertas o como realmente sucedidas. En el caso de que algunas de las afirmaciones básicas no se repute probada, así habrá de ser declarado, determinándose las consecuencias perjudiciales derivadas de esa falta de probanza en función de la aplicación del principio de la carga de la prueba (p. 94).

Considero que la valoración es la operación mental realizada por el juez, en la cual realiza un análisis crítico de los medios de prueba y de los resultados probatorios a través de la lógica, la ciencia y la experiencia, con la finalidad de determinar cuál es el valor o peso probatorio que debe asignarle a cada uno de ellos. Por lo tanto, valorar implica observar y contrastar los hechos expuestos a partir de la actuación de los medios probatorios con los hechos alegados por las partes, para poder determinar si tales hechos ocurrieron o no en la realidad; es decir, para determinar si se encuentran o no corroborados.

Por otro lado, resulta sumamente interesante el procedimiento que asume la valoración probatoria, desarrollado por **Climent Durán (2005)**, quien señala que:

Todas estas operaciones se encaminan a comprobar, por tanto, la credibilidad de las pruebas aportadas por las partes, y este juicio de credibilidad aparece integrado por varios

silogismos probatorios, el primero de los cuales está referido a la *fiabilidad o confianza* que genera cada uno de los medios probatorios, estando referido el segundo a la determinación de la *significación* que debe otorgarse a los hechos expuestos al juzgador por cada uno de esos medios de prueba, y refiriéndose el tercero a la *verosimilitud o creencia* de que son verdaderos o falsos los hechos así aportados al proceso. (p. 86).

El primer juicio que realizará el juez será ***el de fiabilidad***; es decir, cuando se encuentre frente a un medio de prueba, verificará, externa o periféricamente, si reúne condiciones de normalidad, ya sean personales (testigos), formales (documentos), profesionales, técnicas o científicas (peritos). Si se trata de prueba personal, verificará aspectos físicos y psíquicos del testigo. Lo primero, para determinar si existe o no alguna imposibilidad física por parte del testigo para percibir el hecho; y lo segundo, para descartar algún tipo de enajenación mental u otro impedimento psíquico. Lo mismo ocurre con la prueba documental, donde prima facie el juzgador se fijará en los aspectos formales y requisitos de validez del mismo, como, por ejemplo, si se encuentra firmado por los presuntos declarantes o si, habiéndose ofrecido y admitido como público, no se aprecia la autoridad que lo expidió, etc. Finalmente, respecto a la prueba pericial, no solo se fijará si el informe pericial reúne los requisitos exigidos en la ley, sino también si el perito realmente cuenta con la experticia y conocimientos requeridos para ser tal.

Respecto a la ***significación de la prueba***, el juez no solo observa la actuación probatoria, sino que a su vez realiza la interpretación de los resultados probatorios; es decir, debe escudriñar cuál es el significado de lo que quiso decir el testigo, perito o documento. En ese sentido, el juez debe captar, entender, interpretar y descifrar la comunicación del medio de prueba. En otras palabras, traduce el mensaje de la comunicación que aporta la prueba. Por ejemplo, en la prueba documental, durante la oralización de la misma, el juez debe interpretar y determinar ¿qué es lo que el documento quiere expresar o comunicar?. Luego de determinar su significado, recién puede valorarlo.

En la prueba pericial, luego de su actuación probatoria, el juez deberá interpretar el significado de las conclusiones a las que arribó el perito

durante su examen, a efectos de determinar el verdadero sentido o significado de lo que quiso comunicar el mismo. Finalmente, también deberá interpretarse la declaración de los testigos, en el sentido de determinar el verdadero significado de lo que el testimonio quiere comunicar. Cabe precisar que la determinación de la significación de los resultados probatorios es un paso previo a su valoración, pues no se puede valorar lo que no se ha entendido o cuyo significado es desconocido.

Luego de haber examinado externa o periféricamente las condiciones de fiabilidad del medio de prueba, y de haber interpretado o determinado la significación de los resultados probatorios obtenidos, corresponde realizar un análisis **respecto a la verosimilitud y credibilidad de los resultados probatorios**, para asignarles un valor o peso específico a cada uno de ellos.

Así, puede realizar valoraciones de tres tipos: **a)** de medios probatorios de la misma especie, para determinar, por dar un ejemplo, dentro del grupo de las testimoniales de cargo o de la acusación, cuáles son creíbles y verosímiles o cuáles no; o si todas son verosímiles, cuáles lo son más que otras, de esta manera les irá asignando o atribuyendo un valor o peso probatorio; **b)** de medios probatorios de diversa especie, ya que el acervo probatorio de las partes está constituido por prueba testimonial, documental y pericial, y si bien es cierto, en abstracto, una pericial tiene más peso que una documental; y una documental más que una testimonial, ello constituye una regla general que debe analizarse en cada caso concreto, pues puede suceder que una testimonial termine imponiéndose sobre las otras; **c)** también debe realizar valoraciones cruzadas; es decir, valorar las testimoniales, documentales y periciales de la acusación y de la defensa, y extraer conclusiones sobre la verosimilitud de las mismas.

El juez se encontrará frente a afirmaciones realizadas por las partes (afirmaciones fácticas) y afirmaciones realizadas por los medios de prueba (afirmaciones probatorias), por lo que deberá contrastar las afirmaciones fácticas con las probatorias para determinar si las afirmaciones realizadas por las partes se encuentran probatoriamente corroboradas. Sólo así podrá concluir si lo alegado por la acusación o la defensa cuenta con respaldo probatorio.

Por su parte, **Jiménez Conde**, (citado por Climent Durán, 2005), respecto a la apreciación de la prueba, señala que existen dos clases de juicios íntimamente ligados que se deben realizar:

1° [L]a determinación de los resultados que arrojan los medios de prueba de que se haya hecho uso en juicio, es decir, a la averiguación de los datos fácticos o juicios de hecho particulares que aportan realmente cada una de las pruebas practicadas, independientemente de su verdad o falsedad;

2° [L]a fijación del concreto valor que haya de concederse a esos mismos medios de prueba, o lo que es igual, a la decisión en cuanto a la credibilidad en los resultados fácticos por ellos producidos, o juicio sobre el grado de correspondencia de éstos con la realidad histórica objetiva del hecho cuestionado. La primera de tales operaciones constituye, como se ha dado en llamar por algunos autores, la interpretación de las pruebas, mientras que la segunda se refiere más propiamente a su valoración. Y ambas se integran bajo el término de apreciación de las pruebas, como actividad compleja que las abarca. (p. 91).

Lo afirmado no es más que un procedimiento natural para valorar la prueba, ya que el juez, al observar el medio de prueba y recepcionar u obtener los resultados probatorios, lo primero que hará es interpretarlos— casi de manera automática—, a efectos de escudriñar o determinar su significado, y entender qué es lo que el medio de prueba quiere comunicar. A ello se le denomina la etapa de **interpretación probatoria**. Luego de ello, tendrá que asignar a cada medio de prueba un valor o peso probatorio específico. Esta etapa vendría a ser la **valoración propiamente dicha**.

Respecto al plano normativo que regula la valoración probatoria en nuestro proceso penal, se señala que el juez debe observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios (artículo 158 del

Código Procesal Penal). Asimismo, el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (artículo 159 del Código Procesal Penal).

En la doctrina nacional, en cuanto a la valoración probatoria del colaborador eficaz, señala **Talavera Elguera** (2009) que:

Como se puede advertir de las normas antes citadas, el arrepentido o colaborador se ha disociado o brindado información eficaz con la finalidad de obtener un beneficio penal, procesal o de ejecución; es decir, ha perseguido un interés personal. En la obtención de los beneficios premiales reside la sospecha relativa a la credibilidad de su testimonio, de ahí que la sola declaración del arrepentido o colaborador no sea suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado, sino que se hace necesario que venga vestida, es decir corroborada con otras pruebas (p. 135).

Por su parte, **Asencio Mellado** (2008) señala que:

Para valorar las declaraciones de los coimputados, los órganos judiciales han de valorar las siguientes circunstancias: **a)** la personalidad del delator, especialmente, sus relaciones con el sujeto coimputado; **b)** Los posibles móviles que le llevan a prestar tal declaración. En concreto si hay razones de odio, venganza, obediencia a tercera persona, presiones externas etc.; **c)** Que la finalidad de la declaración que inculpa a ese coimputado no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad; y **d)** Sólo será posible condenar sobre la base de la declaración inculpativa de un coimputado, cuando la misma venga corroborada por alguna otra prueba, no siendo suficiente, pues, por sí sola, la imputación del coacusado (p. 266).

Por otro lado, -como se desarrolló en su momento-, si bien es cierto desde el punto de vista de su configuración o tratamiento legal, el coacusado y el colaborador eficaz son distintos, desde el plano material o fáctico ambos ejecutaron o consumaron delitos conjuntamente con otras personas, por lo que será respecto de la participación de dichos

coacusados sobre lo que versará su declaración en el juicio oral. No obstante, en el caso del coacusado, los motivos que lo llevaron a incriminar, acusar o delatar a sus coacusados no siempre van a ser premiales; por el contrario, puede obrar motivado por sentimientos de odio, arrepentimiento o hasta de justicia, por lo que no espera o quiere nada a cambio. El colaborador eficaz sí obra motivado por obtener un beneficio premial, lo cual le brinda la calidad de testimonial sospechosa.

Por lo tanto, considero que a la declaración del colaborador eficaz también le son aplicables las reglas de valoración previstas en el **Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116**, sobre los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado, que en su fundamento jurídico noveno, señala:

Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

- a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.
- b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
- c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones

del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

Por su parte, **Moreno y Cortés** (2015) resaltan los diferentes elementos que el juzgador ha de tener en cuenta para valorar las declaraciones de los coacusados, señalando los siguientes:

a) la personalidad del delincuente delator, ya que es menos creíble la persona con antecedentes penales, tendente a la fabulación, de corta edad o formación, etc.; por el contrario, la buena conducta personal y profesional contrastada puede apoyar la credibilidad de las manifestaciones (STS de 21 marzo 1988); **b)** las relaciones precedentes del delator con el designado copartícipe: la enemistad, amistad, parentesco, obediencia, relación laboral, etc., pueden traer como consecuencia la mayor o menor credibilidad dependiendo de la relación y el interés ligado a esa relación; **c)** la posibilidad de existencia de móviles ilegítimos: los móviles espurios tales como el odio, la venganza suponen la menor credibilidad del delator; **d)** la posibilidad de búsqueda de exculpación: si el delator admite su propia intervención su declaración inculpatoria de los demás es más creíble, mientras que si busca su exculpación es más dudosa; **e)** la descripción clara y concreta de los hechos, la narración coherente, los detalles en la declaración, son elementos que permiten dar más credibilidad a la delación; **f)** la coherencia lineal de las declaraciones, lo que permite considerar espontáneas las declaraciones inculpatorias dadas ante la policía y el Juez de Instrucción, y, por lo tanto más creíbles, aunque se retracte el delator en el juicio oral. (p. 437).

En ese sentido, no podemos perder de vista que el colaborador eficaz es un coacusado sentenciado. Se entiende que el colaborador eficaz, para llegar a declarar al juicio oral del proceso penal receptor, ya debe haber corroborado su delación y, en base a ello, haberse hecho acreedor del beneficio premial válidamente concedido por una resolución judicial. En suma, la situación jurídica sobre su responsabilidad penal ya se encuentra resuelta en el proceso de colaboración eficaz, habiéndose emitido la sentencia aprobatoria del acuerdo, por lo que declara en el juicio oral en calidad de testigo. Al respecto, **Planchat Teruel** (2011) señala que:

Llegada la cuestión al pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo se dictó con fecha 16 de diciembre de 2008 el siguiente acuerdo: la persona que ha sido juzgada por unos hechos, y con posterioridad acude al juicio de otro coimputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y por tanto su testimonio debe ser valorados en términos racionales para determinar su credibilidad (p. 313).

En efecto, que el colaborador eficaz recurra a declarar al juicio oral en calidad de testigo, no implica que se desvanezca la condición de sospechosa de su declaración.

Por ello, conviene señalar o establecer un estándar de suficiencia como prueba de cargo de la delación del colaborador eficaz. Al respecto, se debe señalar que **Miranda Estrampes** (2011) ha desarrollado 3 criterios o teorías para determinar la suficiencia de la declaración del coimputado, que también son aplicables para la declaración del colaborador eficaz. **Una primera**, que hace referencia a la suficiencia como verificación intrínseca de la declaración del coimputado; **la segunda**, referida a la doctrina de la mínima y externa corroboración periférica como condición de suficiencia; y **la tercera**, referida al modelo de verificación extrínseca reforzada (p. 121).

Respecto al criterio de suficiencia **como verificación intrínseca de la declaración del coimputado**, se debe señalar que este criterio se basa en el aspecto o carga subjetiva de la declaración; es decir, para que pueda tener suficiencia probatoria, dicha declaración inculpativa no debe ampararse en razones de odio, enemistad, venganza, móviles espurios o ánimo de autoexculpación, entre otros, que le resten credibilidad a la referida declaración. En consecuencia, la suficiencia de la declaración del colaborador se basaba en razones de credibilidad subjetiva. Por lo tanto, el juez se centraba en verificar la ausencia de dichas relaciones o circunstancias subjetivas (odio, venganza, etc.) para poder darle valor probatorio a la declaración de un coimputado. La crítica que se le puede hacer a esta teoría es que pierde objetividad al restringirse al aspecto subjetivo de la declaración, ya que puede ser que no existan dichas relaciones de odio o enemistad, o que no concurren circunstancias de venganza o beneficio personal, pero el coimputado igual mienta. Según esta

teoría, si no existen móviles espurios tendríamos que darle validez y un peso probatorio a dicha declaración, más allá de que sea verdad o no.

Por otro lado, para suplir las deficiencias del criterio anterior, basado en aspectos netamente subjetivos, se pensó conveniente establecer un criterio de base objetiva, que permita corroborar o verificar la credibilidad de la declaración, surgiendo así **la doctrina de la mínima y externa corroboración periférica** como condición de suficiencia de la declaración del coimputado. Según esta teoría, para que la declaración del coimputado alcance el estándar de suficiencia, se requería una mínima corroboración periférica. En ese sentido, no se debe corroborar si entre el coimputado y el sindicado o delatado existen relaciones de odio, enemistad o venganza, sino por el contrario, se debe corroborar el contenido de la propia declaración, es decir, al ser un criterio objetivo, se deben buscar otras pruebas autónomas que periféricamente la corroboren. Además de exigir una mínima corroboración con otras pruebas autónomas actuadas en el proceso penal, se requiere que dicha corroboración sea de aspectos externos o periféricos de la declaración, tales como hechos, datos o circunstancias que permitan concluir que el coimputado y el sindicado o delatado se conocen o pertenecen a la misma banda u organización criminal, o realizan actividades criminales juntos, etc.; es decir, datos externos o periféricos que permitan corroborar la declaración. Para esta teoría, basta una corroboración externa, periférica, accesoria o general de la declaración.

El **modelo de verificación extrínseca reforzada** considera que no es suficiente con la corroboración periférica, accesoria o general de la declaración del coimputado, sino que se deben corroborar los hechos objeto de imputación para confirmar la participación del delatado en la ejecución de las actividades criminales. Como señala Miranda Estrampes (2011) sobre el modelo de verificación extrínseca reforzada:

Con arreglo a esta doctrina desaparece la nota de periférica de la corroboración mínima para convertirse en una *corroboración de participación* en los hechos punibles. Ya no es suficiente con que la declaración del coimputado se corrobore en cualquiera de sus puntos o extremos (*corroboración genérica*), sino

que es necesario que dicha corroboración se predique de la participación del tercero inculpatado, esto es, de su implicación en los hechos (corroboración concreta y específica), de tal manera que permita establecer algún tipo de conexión objetiva entre este tercero inculpatado y los hechos objeto de imputación. El objeto de corroboración no es la propia verosimilitud subjetiva de la versión del coimputado, sino la acreditación de su contenido en lo que hace referencia a los hechos imputados y a la participación en los mismos. Se trata de un modelo de *atendibilidad extrínseca reforzada* por la finalidad del elemento corroborante, en cuanto debe ir necesariamente referido al dato de la participación en los hechos punibles. (pp. 127 - 128).

El ***modelo de verificación extrínseca reforzada*** es el que mayor garantía ofrece para otorgar valor probatorio a la declaración del colaborador eficaz, ya que en su valoración no deberá prevalecer la existencia o inexistencia de motivos espurios o ánimo de auto exculpación (ya que puede ser que no existan esos motivos, pero aun así el colaborador puede mentir); asimismo, tampoco es suficiente una corroboración accesorio, periférica o externa de la delación porque aún seguirá manteniendo su estatus de "sospechosa". En efecto, sólo cuando la delación se encuentre corroborada con otras pruebas autónomas e independientes, referidas a la participación del delatado o sindicado en los hechos investigados, el juez la podrá considerar una prueba de cargo.

En suma, tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado dos criterios para dotar de suficiencia y validez, como prueba de cargo, a la declaración del colaborador. Por un lado, un ***criterio subjetivo***, en el cual se deben valorar circunstancias de credibilidad subjetiva; es decir, las razones, móviles o motivos por los cuales el colaborador delata a sus coacusados, por lo que, de verificarse la ausencia o inexistencia de tales condiciones o circunstancias, dicha delación es tomada en cuenta como prueba de cargo. Por otro lado, para el ***criterio objetivo***, lo que le otorga suficiencia como prueba de cargo a la delación del colaborador, no es un tema de credibilidad subjetiva, sino que la delación se encuentre debidamente corroborada con pruebas autónomas o independientes que vinculen al delatado con los hechos materia de investigación.

Este es el criterio que asume el Código Procesal Penal del 2004, pues en su artículo 158 señala que “en los supuestos de testigos de referencia, **declaración de arrepentidos o colaboradores** y situaciones análogas, **sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios** se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria” (el subrayado es propio). Como vemos, este dispositivo legal constituye un límite al principio de libre valoración de la prueba, ya que el juez penal sólo podrá valorarla si concurren otras pruebas independientes que corroboren sus testimonios, y si queremos que dicha corroboración sea confiable y suficiente para quitarle el título de “sospechosa”, no debe versar sobre aspectos periféricos, accesorios o generales, sino que debe vincular al delatado con los hechos objeto de imputación.

En la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS, citando a **Talavera Elguera**, se señala que:

La exigencia de corroboración de sus testimonios con otras pruebas responde al modelo de verificación extrínseca reforzada. Con arreglo a dicho estándar no será suficiente que dichas pruebas autónomas corroborasen aspectos periféricos y/o accesorios de la declaración del arrepentido o colaborador, sino que sería necesario que la corroboración fuera referida al contenido de su testimonio, incluyendo, por tanto, el dato relativo a la participación del coimputado inculcado en los hechos delictivos. De ahí se infiere, sin grandes esfuerzos interpretativos, que la simple declaración inculcatoria de un colaborador o arrepentido resulta insuficiente para destruir la presunción de inocencia (p. 2).

Luego, dicha Exposición de Motivos, citando a **Miranda Estrampes**, señala que:

Para el uso de la declaración del imputado en el proceso, el numeral 2 del artículo 158 del Código Procesal Penal, fija una regla de suficiencia probatoria, al establecer que sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá dictar en contra del imputado una sentencia condenatoria. El alcance subjetivo de dicha regla es, no obstante, limitado, pues no se extiende a la declaración de todo coimputado, sino sólo a

aquél que ostente la cualidad de arrepentido o colaborador o situaciones análogas. Como tales habría que incluir, en principio, todos aquellos supuestos de personas que a raíz de su colaboración con las autoridades penales se han visto recompensadas o han obtenido algún tipo de beneficio penal o penitenciario (p. 2).

En esta línea de razonamiento, **considero que el criterio que debe prevalecer es el objetivo**, ya que en realidad no interesa si el colaborador delató a su coacusado por motivos de odio, rencor, venganza o por hacerse del beneficio premial, porque, así lo haya hecho por dichos motivos, **si su declaración o delación resulta corroborada extrínsecamente en el proceso penal receptor, entonces servirá como prueba de cargo que destruya el derecho a la inocencia y como fundamento de una sentencia condenatoria**. En consecuencia, la delación corroborada es lo que importa y obliga al juez a tomarla en cuenta, más allá de los motivos (buenos o malos) por los cuales se haya dado la misma. Así también lo entiende el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 148/2008, de fecha 17 de noviembre, en cuyo segundo fundamento jurídico ha señalado que:

Para analizar la queja de amparo formulada resulta preciso comenzar recordando, siquiera sea concisamente, que, en relación con la idoneidad de las declaraciones de los coimputados para desvirtuar la presunción de inocencia, es doctrina reiterada de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 34/2006, de 13 de febrero, FJ 2, y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3) que las mismas no poseen solidez plena como prueba de cargo suficiente cuando, siendo únicas, no están mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa (...). No obstante la jurisprudencia constitucional ha establecido unas líneas básicas al respecto, especialmente, y en lo que a este supuesto concierne, que los elementos de veracidad objetiva de la declaración —tales como la ausencia de animadversión, la firmeza del testimonio o su coherencia interna— no tienen relevancia como factores externos de corroboración (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, y 160/2006, de 22 de mayo, FJ 2); de otro lado, que la mínima corroboración ha de recaer, precisamente, sobre la participación del acusado en

los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 340/2005, de 20 de diciembre, FJ 2, y 277/2006, de 25 de septiembre, FJ 2); y, finalmente, también se ha acentuado que los elementos de corroboración han de hallarse expuestos en las resoluciones judiciales recurridas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 3; 91/2008, de 21 de julio, FJ 3, y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3). (pp. 5 - 6)⁴.

Finalmente, quiero precisar que la sospecha no es prueba, y el delator es un testigo sospechoso; por lo tanto, mientras no le quitemos ese cliché de sospecha, no podrá adquirir la calidad de prueba de cargo que conlleve a un estándar de suficiencia para que pueda fundamentar una sentencia condenatoria.

VII. Conclusiones

1. Las técnicas tradicionales de investigación y las técnicas especiales como la del agente encubierto no son suficientes para realizar una investigación exitosa cuando de crimen organizado de cuello blanco se trata. Ello invita a centrar la mirada en otros mecanismos procesales, como la colaboración eficaz, que permitan desarrollar una investigación eficiente y efectiva contra el crimen organizado de cuello blanco.
2. La colaboración eficaz es principalmente una técnica para obtener información reservada, exclusiva y relevante para el proceso penal, con la cual se busca brindar eficacia a la investigación, imponiéndose su naturaleza utilitarista y pragmática para el proceso penal.
3. El proceso de colaboración eficaz es excepcional, por lo tanto, sólo se debe recurrir a él cuando los demás métodos o técnicas de investigación que regula el Código Procesal Penal no hayan podido conseguir la información o prueba que requiere la

4 En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo Español N.º 1524/2003 del 5 de noviembre de 2003.

persecución penal. El sólo hecho de ser un proceso especial, ya lo hace excepcional.

4. La colaboración eficaz, debido a la información y elementos de prueba que aporta, resulta ser un mecanismo eficaz en la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada.

Bibliografía

Asencio Mellado, J.M. (2017). Los presupuestos de la prisión provisional. La excepcionalidad de la prisión provisional y el procedimiento por colaboración eficaz. En J. M. Asencio Mellado & J. L. Castillo Alva (Dir.), *Colaboración eficaz, Prisión preventiva y prueba* (pp. 11-107). Ideas Solución.

Asencio Mellado, J.M. (2018). El procedimiento por Colaboración Eficaz. La ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal. En J. M. Asencio Mellado & J. L. Castillo Alva (Dir.), *Colaboración Eficaz*. Ideas Solución.

Castillo Alva, J. L. (2017). La Colaboración Eficaz y su empleo en la prisión provisional. En J. M. Asencio Mellado & J. L. Castillo Alva (Dir.), *Colaboración eficaz, Prisión Preventiva y Prueba* (pp. 245-342). Ideas Solución.

Castillo Alva, J. L. (2018). La colaboración eficaz en el Derecho peruano. En J. M. Asencio Mellado & J. L. Castillo Alva (Dir.), *Colaboración eficaz*. Ideas Solución.

Castillo Alva, J. (2017). *El derecho a interrogar a los testigos*. Instituto Pacífico SAC.

Climent Durán, C. (2005). *La Prueba Penal*. (2a. ed.). Tirant lo Blanch.

Daniel Montoya, M. (2010). *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*. (2a ed.). Editorial Ad-Hoc.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Grijley.

Ferrer Beltrán, J. (2017). Presunción de inocencia y prisión preventiva. En J. M. Asencio Mellado & J. L. Castillo Alva (Dirs.), *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba* (pp. 111-140). Ideas Solución.

Frisancho Aparicio, M. (2019). *El Procedimiento Especial de Colaboración Eficaz*. Dejus Ediciones.

Ortiz Pradillo, J. (2018). *Los Delatores en el proceso penal*. Editorial Wolters Kluwer.

Planchat Teruel, J. (2011). Testigos y Proceso Penal. En X. Abel Lluch & M. Richard González (Dirs.), *Estudios sobre Prueba Penal*. Wolters Kluwer España.

Quispe Farfán, F. (2018). La colaboración eficaz en el Perú. *Actualidad Penal*, (43), 15-29.

Riquert, M. (2011). *La delación premiada en el derecho penal*. Editorial Hammurabi S.R.L.

Riquert, M. (2017). *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*. Editorial Hammurabi S.R.L.

Vargas Ysla, R. (2021) *El proceso de colaboración eficaz*. Gaceta Jurídica.

El delito de colusión en el Perú. Análisis típico y jurisprudencial

Pedro José Alva Monge¹

Sumilla

El fenómeno de la corrupción es un problema socio-jurídico que no solo debe ser abordado desde la Administración pública, sino también en la relación entre funcionarios públicos y particulares (*extranus*). En especial, en los países de Latinoamérica que carecen de una política clara de anticorrupción. Por ello, en este artículo se analizará el delito principal con el que se trata de sancionar estas actuaciones fuera de ley en el marco de las contrataciones estatales: el delito de colusión (artículo 384 del Código Penal peruano). Para ello, se analizará el bien jurídico que se protege con este delito, su estructura típica, los últimos cambios normativos y jurisprudenciales y otros temas del injusto colusorio.

Palabras clave

Delitos contra la Administración pública, colusión, contratación pública, pericia contable, patrimonio, defraudación, colusión simple, colusión agravada, Administración pública

I. Introducción

Han transcurrido alrededor de 7 años desde que se destapó el primer escándalo de corrupción vinculado a la empresa constructora Odebrecht (procesos de persecución y sanción en el marco de la operación internacional Lava Jato). Desde entonces, las investigaciones y/o acusaciones vinculadas a la empresa brasileña y sus aliados no han cesado, tanto así que, alcaldes de Lima, ex presidentes y varios líderes políticos del Perú fueron encarcelados debido a los requerimientos de prisiones preventivas solicitados por el Ministerio Público.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla. Doctorando por la Universidad de Salamanca. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Estos casos de corrupción han generado una gran crisis política. Lo grave de esta situación es que los grandes desfalcos patrimoniales al Estado se realizan desde las propias instituciones públicas, desde sectores y oficinas en las que se depositan las más grandes expectativas de buen funcionamiento y correcta administración de los recursos y servicios estatales, es decir, desde las contrataciones públicas, las mismas que son dirigidas por funcionarios que conocen a cabalidad las normas jurídicas sobre licitaciones públicas de bienes y servicios.

La ocurrencia de estos actos de corrupción exige la participación de un actor importante: el sector privado o el tercero interesado (en clave penal, el *extranus*); quien en conjunta colaboración con los funcionarios –que faltan a su deber de lealtad con la Administración pública– crean escenarios propicios para efectuar diversos actos de corrupción a través de la comisión de delitos como cohecho, peculado, tráfico de influencias, negociación incompatible y colusión.

En el presente artículo se desarrollará y estudiará el delito de colusión desde su desarrollo jurisprudencial. Ello debido a la importancia que reviste su comprensión en el panorama actual de la contratación pública, ya que este delito se comete, únicamente, en el marco de las licitaciones públicas de obras y servicios (cualquiera sea su etapa) y cuenta con el aporte necesario del sector privado.

En la primera sección de este artículo se realizará un repaso sobre los cambios legislativos suscitados en el delito de colusión; asimismo, se realizará un análisis sobre el último cambio legislativo dado a través de la Ley N.º 31778, la misma que agregó un tercer párrafo al artículo 384 del Código Penal, ocasionando –incorrectamente– que tanto la colusión simple como la agravada tengan las mismas consecuencias penales jurídicas.

En segundo lugar, se realizará un estudio jurisprudencial del tratamiento sobre el bien jurídico que trataría de proteger el delito de colusión. En la tercera sección, se estudiará la estructura típica de este delito, es decir, se realizará una evaluación sobre la tipicidad objetiva y subjetiva como requisitos básicos para la comisión de este.

Posteriormente, se hará una breve explicación sobre la colusión

simple y la colusión agravada y cómo es que la jurisprudencia ha entendido la diferencia entre ambas figuras delictivas. Finalmente, en la sección cuarta se desarrollará la implicancia de las irregularidades administrativas en las contrataciones públicas, que son utilizadas por los operadores de justicia para postular prueba indiciaria y lograr una condena correctamente motivada sobre el delito de colusión.

II. La evolución legislativa del delito de colusión

La formulación original del Código Penal de 1991 prescribía el delito de colusión en los siguientes términos:

Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

El siguiente cambio normativo de este delito se dio a través de la Ley N.° 26713², el 27 de diciembre de 1996, por medio del cual se modificó el objeto sobre el que caía la acción delictiva y se optó por incluir como objeto del delito al Estado o cualquier entidad u organismo de este.

No fue sino hasta el 10 de junio del 2011 que se realizó una modificación normativa trascendental a través de la Ley N.° 29703, en la que se señaló que solo se configurará el delito de colusión cuando se compruebe la ocurrencia de una defraudación de carácter

2 Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

patrimonial:

Artículo 384.- Colusión. El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, **defraudare patrimonialmente** al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años. (el subrayado es propio).

De esta modificación normativa se resalta el término “defraudación patrimonial”, ya que a través de la sentencia emitida en el Expediente N.º 00017-2011-PI-TC, el Tribunal Constitucional declaró nula y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”, a fin de no desamparar el fin constitucional de protección al sancionar los actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.

Esta discusión sobre el término “defraudación patrimonial” culminó en la emisión de la Ley N.º 29758, de fecha 21 de julio de 2011, por medio de la cual se estableció una nueva tipología para el delito de colusión, separándolo en colusión simple y agravada. El texto es el siguiente:

Artículo 384.- Colusión simple y agravada. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince

años.

En el año 2013, este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111, por medio del cual, como novedad, se agregó la pena de días-multa en los siguientes términos “(...) con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”. El siguiente cambio legislativo fue realizado a través del artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, en el que se incluyó como pena a la inhabilitación.

Posterior a ello, el cambio legislativo más importante fue el realizado el 28 de abril del 2021 a través de la Ley N.º 31178, que agregó un tercer párrafo al tipo legal en el que se incluyó 3 agravantes, asimismo, se incrementó los años de inhabilitación otorgándole a ésta un matiz cuasi perpetua (5 a 20 años en la descripción del primer párrafo) y, en el caso de las agravantes, la inhabilitación ya sería de carácter perpetua.

A continuación, se presentará la última modificación al artículo 384 del Código Penal y se la comparará con la antigua norma con la finalidad de identificar sus diferencias.

III. Reflexiones sobre el último cambio legislativo sobre el delito de colusión

El día 28 de abril de 2021 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N.º 31178, que modificó el artículo 384 del Código Penal en los siguientes términos:

Disposición legal antes de la modificación	Disposición legal después de la Ley N.º 31178
<i>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las</i>	<i>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las</i>

*modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;** y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”*

*modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; **inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años;** y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; **inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años;** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.

2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional".

*El resaltado en negritas corresponden al último cambio legislativo.

De las modificaciones legislativas realizadas se ofrecen algunos cambios importantes. El primero es con respecto a la extensión de los años de inhabilitación, identificándose una tendencia a la perpetuidad de la misma. El segundo es en referencia a la inclusión del tercer párrafo, en el cual el legislador hace confluir en un mismo nivel de análisis tanto a la colusión simple como a la colusión agravada, siempre y cuando concurren cualquiera de las siguientes causales:

- a) El agente actúe como un integrante de una organización criminal,
- b) El acuerdo colusorio con fines defraudatorios recaiga sobre un programa asistencial o de inclusión social que superen las 10UITs; y
- c) El agente se aproveche de una calamidad o emergencia sanitaria.

En estos supuestos no será necesario identificar si se trata de una colusión simple o agravada, pues de manera automática el acusado será condenado con una pena privativa de la libertad no menor de quince ni mayor de veinte años.

De ello se puede inferir que, para el legislador, la diferencia -entre colusión simple y agravada- que hacía el artículo 384 de Código Penal antes del cambio legislativo no era trascendental. La legislación en ese sentido es errada debido a que la diferencia entre el primer y el segundo párrafo era trascendental, ya que la colusión agravada se penalizaba con mayor cantidad de años porque significaba un real perjuicio económico para el Estado. Este cambio legislativo demuestra una vez más que el Derecho Penal es instrumentalizado por el Estado para dar la apariencia de un supuesto avance en las políticas criminales.

Una tercera anotación refiere al entendimiento que se debe realizar de las siguientes preposiciones: **1) “el agente actúe como integrante de una organización criminal”**, es decir, ¿se requiere acaso que haya una sentencia previa de carácter condenatorio consentida, en la que se acredite de manera fehaciente que la persona que está siendo acusada por colusión haya sido hallada culpable del delito de organización criminal? Esto pareciera lo más lógico, salvo que en un mismo proceso las personas investigadas sean acusadas por la

comisión del delito de organización criminal y colusión, y se acredite la comisión del primero; 2) *“la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo”*, ¿esta nomenclatura de apoyo social tiene que ser necesariamente nombrada como tal a través de alguna resolución u acto administrativo?, ¿o es que por primacía de la realidad se podrá inferir dentro de un proceso de contratación qué programas hacen referencia a programas de apoyo social?

En la misma línea, dentro del mismo inciso 2) del tercer párrafo se indica que estaremos ante esta situación siempre que se supere las 10 UITs; sin embargo, la norma carece de claridad porque no especifica si es que la superación de las 10 UITs hace referencia al costo total de la obra, a la cotización de la obra, al mejor precio dentro de una comparación de cuadros comparativos o, si acaso, a los precios encontrados dentro de la indagación de mercado.

Finalmente, con respecto al inciso 3) *“el agente se aproveche una calamidad o emergencia sanitaria”*. Considero que la aplicación de esta circunstancia agravante hace referencia a la previa dación de una norma que establezca la existencia de esta, la misma que puede ser dictada por el gobierno central, regional o local, salvo que de las circunstancias se pueda presumir, inexcusablemente, que los gobiernos no emitieron estas normas para no verse inmiscuidos bajo el análisis de este inciso.

De las observaciones antes detalladas se aprecia que los términos bajos los cuales fue modificado el artículo son imprecisos -violando el mandato de certeza propio del principio de legalidad-, y tales “innovaciones” a las normas con la finalidad de contrarrestar el mal de la corrupción en la contratación estatal no pueden ser impuestas sin tener en cuenta las figuras dogmáticas del Derecho Penal, caso contrario el Derecho se convertiría en un mero transmisor de las urgencias y miedos de la sociedad.

IV. Sobre el bien jurídico del delito de colusión

En este acápite se realizará un análisis de cómo es que la Corte

Suprema de Justicia de la República ha definido el bien jurídico en el delito de colusión, ello porque a lo largo de los años ha ido modificando el entendimiento de este.

En el 2005, mediante el Expediente N.º 20-2003, el máximo ente del Poder Judicial precisó que el bien jurídico en el delito de colusión es “el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado”³. Esta postura es incorrecta por ser genérica, pues todos los delitos contra la Administración pública, y no solo el de colusión, protegen el correcto funcionamiento del aparato estatal.

Posteriormente, en el año 2007, este Alto Tribunal postuló que el bien jurídico respondería a la protección de intereses patrimoniales del Estado. De manera expresa la Corte Suprema indicó que “el bien jurídico protegido en dicho delito (colusión) es el patrimonio administrado por la administración pública”⁴. Sin embargo, esta última postura fue severamente criticada por cierto sector de la doctrina, debido a que se postuló que el bien jurídico no podía circunscribirse, únicamente, a la protección del patrimonio.

Por otro lado, en el año 2009, la Corte Suprema, en consonancia con algunos de sus pronunciamientos anteriores, señaló que:

(...) [L]a colusión desleal tiene como bien jurídico protegido el desarrollo de la Administración Pública que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión pública⁵.

En este precepto se identifica una tendencia a señalar que el bien jurídico estaría más bien ligado al desarrollo o desempeño correcto y leal de los funcionarios en la gestión de la Administración pública.

Este criterio fue afianzado a través del pronunciamiento del Tribunal Constitucional (2012) cuando apuntó que:

3 Exp. N.º 20-2003. Ejecutoria Suprema del 18 de octubre del 2005.

4 Exp. N.º 1296-2007. Ejecutoria Suprema del 12 diciembre del 2007.

5 Recurso de Nulidad N.º 3307-2008. Ejecutoria Suprema del 13 de mayo de 2009.

(...) [E]n este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores⁶.

De ello se desprende entonces que, para el máximo intérprete de la Constitución, el bien jurídico buscaría proteger la objetividad e imparcialidad en la contratación estatal, así como un trato igualitario para los postores que se encuentran en el marco de la contratación estatal.

En la misma línea que el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, consciente de que no todos los operadores de justicia tenían (tienen) una postura uniforme sobre el bien jurídico del delito de colusión, mediante el Recurso de Nulidad N.º 207-2019/Loreto del 10 de octubre de 2019, señaló lo siguiente:

El tipo penal de colusión, que por definición es plurisubjetivo, pretende tutelar la Administración Pública –como instrumento al servicio de los ciudadanos, y que sirva a los intereses generales con objetividad y pleno sometimiento al ordenamiento jurídico–, **en el doble aspecto del correcto funcionamiento de su actividad patrimonial y el mantenimiento de su neutralidad y eficacia entre los administrados (transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos)**, vetando que el funcionario público aparezca en una contratación pública –en cualquiera de sus fase o momentos– e infrinja su deber de imparcialidad a partir de proceder indebidamente con un doble e incompatible papel: actuando como funcionario con la obligación de defender los intereses de la Administración, y a la vez interviniendo como particular con intereses privados encontrados con los públicos y que, lógicamente, no puede menos que pretender que prevalezca sobre estos últimos. (el subrayado es propio).

Se aprecia que la Sala Suprema ha señalado que el delito de colusión es plurisubjetivo, en ese sentido, su función sería tutelar un doble

6 Expediente N.º 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012.

aspecto de la Administración pública, esto es, el mantenimiento de neutralidad y eficacia en las contrataciones y, como consecuencia directa de ello, lograr un correcto mantenimiento del patrimonio público. Para la consecución de estos objetivos, la Corte Suprema señala que se castiga y se hace punible todas las acciones de los funcionarios públicos que, por un lado, tienen la obligación de defender los intereses estatales y, por otro, negocian sus intereses particulares con terceros privados.

Hasta aquí entonces se tiene un mensaje claro y de fácil interpretación sobre el bien jurídico, por lo que este se afectará cuando se coloque, de manera voluntaria, en peligro concreto la objetividad/imparcialidad del desarrollo de los roles funcionariales de los agentes encargados de las contrataciones públicas en el seno de la Administración estatal, que a su vez pueden poner en riesgo el patrimonio del Estado.

V. Estructura típica del delito de colusión en el Código Penal peruano

En esta sección corresponde hacer un estudio sobre la estructura típica del delito de colusión. Al respecto, en su estructura típica objetiva, el delito de colusión abarca los siguientes elementos: a) sujeto activo: cualquier funcionario público, b) sujeto pasivo: el Estado, y c) conducta típica: acuerdo colusorio para defraudar al Estado. Por su parte, en la tipicidad subjetiva, se trata de un delito estrictamente doloso.

De la lectura del artículo 384 del Código Penal se entiende que el delito de colusión es un delito especial, pues es la propia norma la que delimita el posible círculo de autores, así entonces, solo podrán ser considerados autores los funcionarios o servidores públicos que tienen roles especiales en un proceso de contratación pública -elemento normativo del tipo que nos remite al artículo 425 del Código Penal-, aunado a ello, la doctrina ha señalado que además de ser funcionario público, este tiene que intervenir de manera parcializada en la contratación pública por razón de su cargo. Esto es correcto, pues el mero rol de agente especial no puede fundamentar la culpabilidad, ya que estaríamos frente a un Derecho Penal de autor

-prohibido por nuestra legislación según el artículo VII del Código Penal-

En ese sentido, para el profesor Ramiro Salinas Siccha (2018):

[L]os delitos especialísimos son aquellos en los que para ser autor del delito no es suficiente tener la calidad que exige el tipo penal (funcionario o servidor público), sino que es necesario, además, que el agente tenga una relación funcional específica con el objeto del delito (patrimonio del Estado). (p. 97).

De acuerdo al jurista, tiene que existir una relación funcional con respecto al objeto del delito, por lo que esta

[R]elación jurídica funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida y fundamenta los deberes especiales de fomentar el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado. La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito puede ser mediata o inmediata, lo trascendente es que aquel, según sus funciones competenciales, posea la atribución jurídica de disponer del objeto del delito. (Salinas, 2018, pp. 97-98).

Por su parte, para la jurisprudencia este aspecto ya quedó corroborado cuando en el Recurso de Nulidad N.º 2677-2012/Madre de Dios, la Corte Suprema de Justicia de la República (2014) postuló que:

[E]n la configuración del ilícito, la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia del delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial.

Posición que compartimos. Se debe de tener en consideración, entonces, que el sujeto o autor del delito tiene que tener funciones competenciales claras que le permitan estar en la posibilidad de conseguir el normal y correcto funcionamiento del Estado, para lo

cual debe desarrollar un deber especial, el cual debe estar vinculado estrictamente al desarrollo de funciones por su cargo.

Con la finalidad de dejar claro este punto, es decir, la vinculatoriedad del sujeto activo/servidor público con el deber especial que tiene, la Corte Suprema (2011), en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, precisó lo siguiente:

El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

En efecto, como señala dicho pronunciamiento jurisprudencial, la comisión del delito de colusión implica una infracción de deber por parte del autor al no conducirse con imparcialidad, probidad y lealtad ante la Administración pública en el ejercicio de sus funciones. En este punto, se debe tener en cuenta que de no existir esta vinculación especial funcional, la conducta del sujeto devendría en atípica.

En cuanto al sujeto pasivo, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia ha quedado claro de manera unánime que este sería el propio Estado. Estamos ante un bien jurídico de carácter institucional cuyo titular, indiscutiblemente, es el Estado.

Ahora, es propicio que se formule la pregunta qué conductas o acciones tienen que cometer los servidores públicos para que se subsuman dentro de la tipicidad del artículo 384 del Código Penal.

En cuanto a la conducta típica realizada en el delito de colusión, la Corte Suprema, esta vez sí de manera homogénea, ha señalado que el

verbo rector de este delito es el acuerdo colusorio⁷ y/o concertación. El análisis de esta conducta se realizará desde sus dos características básicas: i) este acuerdo/concertación se realiza desde un ámbito clandestino-generalmente-, y ii) es un acuerdo/concertación de carácter defraudatorio.

La concertación/acuerdo colusorio refiere a ponerse de acuerdo como mínimo entre dos personas. En el caso en concreto, refiere a un acuerdo entre un funcionario público y un tercero extraño a la Administración pública, este es el famoso llamado *extraneus*. La jurisprudencia, con respecto al acuerdo colusorio, precisó que concertar es uniformizar o traer a identidad fines, propósitos o intenciones diferentes⁸ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011); “la concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria”⁹ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2005).

Por lo que el delito de colusión sancionaría esa bilateralidad de acuerdo entre el funcionario público y el particular o *extraneus*, toda vez que este acuerdo implica la superposición de intereses particulares sobre los intereses públicos. Esto es entonces la concertación, la intervención de un servidor público en razón de su cargo, quien concerta y se pone de acuerdo con un particular respecto de algún procedimiento de provisión de bienes o servicios en el que el Estado intervenga como parte¹⁰ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2005), por ello se convierte en un delito de participación necesaria.

Se debe precisar que esta concertación ilícita tiene que ser de carácter clandestino entre dos o más agentes para lograr el fin ilícito¹¹ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2005), es decir, un comportamiento “subrepticio y no permitido por la ley, que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le

7 Óp. cit. Exp. N.° 2677-2012.

8 Expediente N.° 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora el 7 de noviembre de 2011.

9 Óp. cit. Exp. N.° 20-2003.

10 Óp. cit. Exp. N.° 30-2010.

11 Óp. cit. Exp. N.° 20-2003.

están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa”¹² (Corte Suprema de Justicia de la República, 2005). Entonces, este acuerdo será confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes¹³ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2005), cuya finalidad será tener un provecho económico, afectando los intereses del Estado.

Se observa que la característica usual de este acuerdo es que este sea secreto; sin embargo, ello no excluye que este pueda ser conocido por ciertas personas. “[E]stos acuerdos ilícitos también pueden ser conocidos o públicos dentro de la misma entidad estatal, ello con la finalidad de aparentar una adecuada contratación pública”¹⁴ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017).

Hasta el momento, ha quedado claro que el estudio y subsunción del delito de colusión es complejo y que el verbo rector es concertar con los interesados con la finalidad de defraudar al Estado. Ahora, esta defraudación puede tener muchas modalidades que van desde la admisión de calidades inferiores a los bienes o servicios solicitados por el área usuaria, hasta admitir precios sobrevaluados. Lo que debe de quedar claro es que el Estado no trata de sancionar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar de manera nociva los intereses del Estado¹⁵ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2001).

Por otro lado, respecto al término defraudar, se entiende como la “traición a la confianza que el Estado deposita sobre sus funcionarios; traición que se produce a través de la transgresión de los deberes funcionales”¹⁶ (Tribunal Constitucional, 2021), pues se ha incumplido con los deberes especiales y, por consiguiente, se ha producido el engaño al interés público, al asumir roles incompatibles con la esfera institucional¹⁷ (Corte Suprema de la Justicia de la República, 2008) e

12 Óp. cit. Exp. N.° 20-2003.

13 Óp. cit. Exp. N.° 2264-2011.

14 Recurso de Nulidad N.° 1832-2016/Apurímac, 13 de setiembre de 2017.

15 Recurso de Nulidad N.° 1126-2001.

16 Óp. cit. Exp. N.° 00017-2011.

17 Recurso de Nulidad N.° 2472-2006. Ejecutoria Suprema emitida el 15 de enero de 2008.

intereses del Estado.

Es importante tener en consideración que para la Corte Suprema la defraudación no necesariamente hace alusión estricta a un menoscabo económico:

“(...) [L]a defraudación, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación -que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico-con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos”¹⁸ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2007). (el subrayado es propio).

Esta postura, la Corte Suprema (2007) la complementa señalando que:

[L]a colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa¹⁹.

En otras palabras, para la jurisprudencia, la defraudación tiene dos aspectos de análisis. El primero, hace referencia a un peligro potencial para perjudicar el patrimonio, en el cual no se requiere que haya necesariamente un resultado de pérdidas monetarias y, el segundo, es el que hace referencia a un peligro real, el que sí significa uno idóneo de carácter patrimonial para el Estado. A través de esta decisión, una vez más, la Corte Suprema se reafirma en señalar que el bien jurídico en el delito de colusión no es únicamente de carácter

18 Óp. cit. Exp. N.º 1296-2007.

19 Óp. cit. Exp. N.º 1296-2007.

patrimonial.

En esa misma línea, en el Expediente N.º 1480-2003, la Corte Suprema (2004) precisó que:

(...) [E]l delito de colusión fraudulenta, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación **fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial –potencial o real– para la administración**²⁰. (el subrayado es propio).

Cabe considerar que la defraudación a ejecutarse implica la realización de maniobras de engaño, como, por ejemplo, articular acciones para la adquisición de bienes sin que estos cumplan los estándares de calidad, evitando ciertas formalidades que la norma exige, creando espacios más favorables para cierto competidor, entre otras circunstancias²¹ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2009). De modo contrario, si es que las acciones que realizaron los funcionarios públicos no denotan estas maniobras, entonces no se podrá subsumir la conducta de los supuestos actores dentro del delito de colusión.

En este contexto, entonces quedará claro que cuando el Ministerio Público verifique que la concertación ilegal tenga un peligro potencial para el patrimonio y/o actuación proba de la Administración en un proceso de licitación, nos encontraremos ante el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, es decir, colusión simple. Si, por el contrario, además de verificarse esta concertación para defraudar al Estado y, como consecuencia de ello, existe un perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal, entonces indefectiblemente estaremos ante un caso de colusión agravada (segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal).

20 Expediente N.º 1480-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de julio de 2004.

21 Recurso de Nulidad N.º 1719-2007, 7 de abril de 2009.

En lo que respecta a la tipicidad subjetiva, el delito de colusión es un delito doloso, así lo ha establecido la Corte Suprema cuando precisó que, en un caso en concreto, se condenará cuando del análisis del caso se identifiquen elementos de prueba razonables que permitan deducir a los juzgadores que los acusados concertaron voluntades con los funcionarios desleales, quienes actuaron de manera conjunta para lucrar de manera ilegítima²². (Corte Suprema de Justicia de la República, 1998). Además, en concordancia, se sigue la regla del artículo 12 del Código Penal, el cual señala que la sanción penal se aplica al agente doloso, y solo cuando expresamente lo indique la norma, al sujeto culposo.

VI. Colusión simple y colusión agravada

La Corte Suprema, a través de basta jurisprudencia ha establecido la diferencia entre colusión simple y agravada, siendo que la distinción entre una y otra es el perjuicio patrimonial que se suscita en esta última.

Así, la Corte Suprema, al referirse a la colusión simple en el fundamento octavo y noveno del Recurso de Nulidad N.º 2299-2017/ Ancash, señaló lo siguiente:

Además, se debe exigir que la colusión simple presente dos elementos típicos: **a)** la concertación ilegal entre funcionario público y el particular interesado – siendo en este caso el recurrente, condenado en su calidad de cómplice primario-, y **b)** el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, **pues exige una aptitud lesiva de la conducta ‘para defraudar’** (el subrayado es propio).

De ello se entiende que la colusión simple reprime aquellas concertaciones ilegales que tengan como propósito defraudar al Estado. Este mismo criterio es repetido en la casación N.º 661-2016/

22 Expediente N.º 992-1997, Ejecutoria Suprema emitida el 15 de enero de 1998.

Piura, que es jurisprudencia vinculante y por lo tanto de observancia obligatoria para todos los operadores de justicia, en su fundamento décimo quinto:

(...) [L]a colusión simple se **consume con la sola concertación**, sin necesidad que la Administración Pública **sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial**, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar (el subrayado es propio).

Resulta evidente que esta concertación (simple) tiene que ser idónea, suficiente y adecuada para poder generar un peligro y un riesgo al proceso de contratación, con lo que se generaría un perjuicio a los intereses del Estado. Por otro lado, sobre la colusión agravada, en el fundamento décimo sexto de la misma casación vinculante antes mencionada, la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) ha señalado que:

(...) [E]n la **colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción**, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio patrimonio del Estado – desvalor de resultado-. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la **pericia contable** para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema (...) (el subrayado es propio).

De la lectura de esta cita se desprende que, de modo necesario y obligatorio, cuando exista un resultado lesivo para las arcas estatales, es decir, un perjuicio económico para el Estado, se habrá cometido el delito de colusión agravada. Así, y siendo que en el caso de colusión agravada la sanción es la pena privativa de la libertad de no menor de 6 y no mayor de 15 años, se requerirá que la comprobación de aquel supuesto perjuicio esté demostrado a través de una pericia contable. Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la República (2012) en la Casación N.º 1105-2011/SPP cuando señala: “la necesidad de

una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”.

En igual sentido, la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Suprema (2004)²³ indica que la jurisprudencia penal peruana ha establecido que la pericia de valorización resulta en muchos casos determinante para acreditar el perjuicio al Estado²⁴. En efecto, “el perjuicio a los intereses estatales es un elemento de naturaleza material. Es intrínseco a la defraudación. Debe ser producto de confabulación y tiene que ser determinado pericialmente”²⁵.

En esa línea de ideas, es claro que, para la Corte Suprema, es de vital importancia acreditar a través de una pericia contable si es que existe perjuicio económico para el Estado peruano, al menos de ese modo se ha venido entendiendo hasta ahora de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia:

Fundamento 2.2: (...) en la sentencia impugnada se han precisado los elementos de prueba que evidencian un acuerdo colusorio entre las partes, extremo que no adolece de cuestionamientos por parte de este Tribunal, por hallarse debidamente fundamentado: se precisa la imputación contra cada procesado y los medios probatorios que sustentan las sindicaciones en su contra; pero no se ha establecido a través de pericia contable correspondiente si dicho acuerdo pudo ser perjudicial a los intereses patrimoniales del Estado o si existió la defraudación patrimonial (...). (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019)²⁶.

Resulta evidente para la Corte Suprema que, un proceso en el que se haya condenado a alguien por colusión agravada con ausencia de la pericia contable, hará que la sentencia sea declarada nula, toda vez que la condena de una persona por este tipo penal- colusión agravada- requiere de la realización, cuando menos, de una pericia

23 Corte Suprema de Justicia del Perú. Expediente N.º 038-2004 del 25 de mayo de 2004.

24 Ibídem.

25 Ibídem.

26 Recurso de Nulidad N.º 881-2018/Pasco, del 1 de abril de 2019.

contable idónea que dé cuenta del supuesto perjuicio económico para el Estado.

Hasta el momento, entonces, vemos que la Corte Suprema, a través de la jurisprudencia, ha sido homogénea al señalar de manera indefectible que para el caso de imputación y futura condena por el delito de colusión agravada es necesario que exista una pericia contable de por medio.

VII. Las irregularidades administrativas en el delito de colusión

Hasta el momento entonces hemos analizado de manera dogmática los presupuestos para la existencia del delito de colusión, ya sea en su vertiente simple o agravada, y así como lo mencionamos en las líneas anteriores, la concertación tiene que ser idónea para colocar en riesgo al bien jurídico protegido.

Por lo que no toda aparente concertación implica la comisión del delito de colusión, más aún si se tiene en cuenta que el Derecho Penal es de última ratio. En efecto, no todas las acciones y/o faltas administrativas tienen que ser necesariamente catalogadas como hechos que corroboran la comisión de un delito.

Es por ello que la jurisprudencia se ha encargado de señalar que los defectos administrativos solo tendrán asidero cuando impliquen el quebrantamiento de los deberes asignados a los funcionarios públicos que denoten una responsabilidad de tipo penal (representen transgresión del tipo penal):

Los defectos administrativos, que tornan un contrato en irregular, por sí solas, carecen de relevancia para el Derecho penal. Solo cuando ellas tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del Derecho, entonces es que ellas adquieren un sentido comunicativo en este plano.

(...) [E]n ese orden de ideas, **los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen – por sí solos – de relevancia para el Derecho Penal.**

Elo, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados²⁷ (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016) (el subrayado es propio).

En la misma casación, que tiene carácter de jurisprudencia vinculante, la Corte Suprema señala que únicamente los defectos administrativos adquirirán importancia siempre y cuando estos aparezcan acompañados de otros, es decir, estaríamos hablando necesariamente de una convergencia de defectos administrativos, que en realidad ya no serían defectos propiamente, sino que, por el contrario, estos habrían sido realizados intencionalmente por sus autores y/o cómplices para lograr un beneficio privado.

Así tenemos, por ejemplo, que podría postularse que los defectos administrativos darían cuenta de un acto colusorio cuando:

(...) **(i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular** en sus aspectos fundamentales o más relevantes – verbigracias: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadro comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o “subsanaciones” o “regularizaciones” ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera-;

(ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad –marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores-; y, **(iii) si los precios ofertados –y aceptados- fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con la exigencia del servicios público o fundamento de la adquisición**, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado²⁸. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017)

27 Casación N.° 841-2015/Ayacucho, 24 de mayo de 2016.

28 Recurso de Nulidad N.° 1722-2016/Del Santa, 23 de enero de 2017.

(el subrayado es propio).

Resulta coherente mencionar que un comportamiento de colusión será penalmente relevante cuando haya un conjunto de faltas e irregularidades administrativas que demuestren una actuación coordinada por parte de los interesados en el proceso de contratación pública. Ahora, en el análisis de los casos correspondientes al delito de colusión, los fiscales y jueces suelen tomar estas irregularidades como prueba indiciaria para tratar de encontrar una acusación lógica e irrefutable, porque claro está que la utilización de este mecanismo obedece a la dificultad de encontrar prueba directa.

VIII. Conclusiones

1. En la primera parte del presente artículo se expuso los cambios legislativos realizados sobre el delito de colusión, seguido a ello se opinó sobre las últimas modificaciones realizadas al artículo 384 del Código Penal, ante el cual se expresó que se está en total desacuerdo en la implementación de la confluencia legal de la colusión agravada y la simple en el tercer párrafo del mismo artículo.
2. En la segunda parte de este artículo mencionamos que la jurisprudencia no siempre ha sido clara al momento de definir el bien jurídico objeto de protección del delito de colusión, insistiendo en posturas que iban desde considerar a aquel, únicamente, como el patrimonio estatal, hasta otras como la transparencia y probidad en el ejercicio de la función pública en las contrataciones estatales. Así las cosas, tiene que entenderse que para que se consuma el delito de colusión no bastará con la mera infracción de deberes funcionales propios de la contratación pública, pues una interpretación así trastocaría los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, convirtiendo el delito de colusión simple en un delito de peligro abstracto carente de lesividad para el bien jurídico. Más bien, deben entenderse como una infracción de deberes en la contratación pública con aptitud de poner en peligro concreto el patrimonio estatal.

3. En la tercera parte de este artículo se realizó una explicación de los elementos que conforman el tipo objetivo y subjetivo del delito de colusión; asimismo, se enfatizó que este es un delito de infracción de deber y para que se consuma tiene que haber una vinculación funcional del servidor público con el objeto del delito, quien luego de acordar con un tercero interesado – el particular *extraneus*- defrauda al Estado. Asimismo, no hay dudas que el sujeto pasivo en este delito es el Estado.
4. En la cuarta parte se realizó un análisis sobre la diferencia entre colusión simple y colusión agravada en base a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la República del Perú, la misma que postula que la colusión simple representa una concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado que desencadena un peligro potencial para el patrimonio estatal es un delito de peligro concreto plasmado en la fórmula legal de “para defraudar”-. En cambio, en el caso de colusión agravada, además de la concertación ilegal, se requiere que exista un resultado lesivo que es el perjuicio patrimonial estatal demostrado a través de una pericia contable.
5. Posteriormente, se realizó un breve pronunciamiento sobre la implicancia de las irregularidades administrativas a la luz del delito de colusión, por cuanto debe quedar establecido que la simple comisión de una de ellas no necesariamente implica la comisión del delito de colusión, sino que para postular una acusación como esa es ineludible realizar un análisis conjunto de los supuestos defectos administrativos y así identificar si con ellos se buscó prevalecer los intereses privados por sobre los públicos, faltando a los deberes de lealtad y transparencia que les son atribuidos a los servidores públicos.
6. Finalmente, no debemos olvidar que toda persona tiene derecho a la presunción de inocencia y, si bien la última modificación vela por castigar a los funcionarios públicos con altas penas privativas de la libertad, no se debe dejar de criticar que el Estado ha enfocado de modo parcial la solución al problema de la corrupción, pues no solo se necesitan de nuevas normas penales, sino un conjunto de acciones estructuradas y una

clara política criminal que involucren a toda la población en la prevención y castigo de la corrupción.

Bibliografía

Doctrina

Salinas Siccha, R. (2018). *Problemas actuales de política criminal: Anuario de Derecho Penal 2015-2016*. Fondo Editorial PUCP.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República (2011, 6 de diciembre). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116.

Corte Suprema de Justicia de la República (2016, 24 de mayo). Sentencia de Casación N.º 841-2015/Ayacucho.

Corte Suprema de Justicia de la República (2005, 30 de septiembre). Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116.

Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad N.º 1126-2001.

Corte Suprema de Justicia de la República (2007, 12 de diciembre). Ejecutoria Suprema N.º 1296-2007.

Corte Suprema de Justicia de la República (2005, 18 de octubre). Ejecutoria N.º 20-2003.

Corte Suprema de Justicia de la República (1998, 15 de enero). Ejecutoria Suprema N.º 992-1997.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017, 13 de septiembre). Recurso de Nulidad N.º 1832-2016/Apurímac.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017, 23 de enero). Recurso de Nulidad N.º 1722-2016/Del Santa.

Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 10 de octubre).
Recurso de Nulidad N.º 207-2019/Loreto.

Corte Suprema de Justicia de la República (2014, 15 de abril). Recurso
de Nulidad N.º 2677-2012/Madre de Dios.

Corte Suprema de Justicia de la República (2009, 13 de mayo).
Recurso de Nulidad N.º 3307-2008.

Corte Suprema de Justicia de la República (2019, 1 de abril). Recurso
de Nulidad N.º 881-2018/Pasco.

Corte Suprema de Justicia de la República (2004, 25 de mayo).
Sentencia de Casación N.º 038-2004.

Tribunal Constitucional (2012, 3 de mayo). Sentencia del Expediente
N.º 00017-2011.

Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Suprema (2011, 7 de
noviembre). Sentencia del Expediente N.º 30-2010.

¿Puede haber complicidad en el delito de colusión fuera de los particulares “terceros interesados” que se coluden con el funcionario público? Un análisis a partir de lo expuesto en la casación N.° 661-2016/Piura, otros pronunciamientos judiciales con distinta postura y las concepciones dogmáticas sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber¹

Christian Iván Morillas Zavaleta²

Sumilla

En esta investigación se ha revisado doctrina y jurisprudencia que es pertinente para resolver la pregunta de si puede haber o no complicidad en el delito de colusión fuera de los particulares “terceros interesados” que se coluden con el funcionario público. Producto de dicho análisis, se ha identificado que puede haber distintas respuestas a esa incógnita, dependiendo de si se parte de las premisas de la Casación N.° 661-2016/Piura, de otros pronunciamientos judiciales con distinta postura o de las concepciones dogmáticas sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber.

Palabras clave

Complicidad, colusión, delitos de infracción de deber, jurisprudencia penal, delitos de corrupción de funcionarios

I. Introducción

Este trabajo surge a partir de identificar una disyuntiva de criterios

1 Este artículo es una versión adaptada del texto que redactó el autor a partir de la investigación que desplegó para recibir el Título de Segunda Especialidad Profesional en Prevención y Control de la Corrupción por la Pontificia Universidad Católica del Perú. El nombre de aquel trabajo fue “Los postulados de la Casación N.° 661-2016/Piura en materia de complicidad en el delito de colusión y la teoría de los delitos de infracción de deber” y se ubica en el repositorio de tesis de dicha universidad: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/21805>

2 Abogado de la Procuraduría Pública Especializada contra el Crimen Organizado. Doctorando de tercer año en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: cmorillasz@gmail.com

judiciales peruanos en cuanto a cuáles sujetos podrían ser considerados cómplices en el delito de colusión, además de los particulares interesados que son contraparte en el pacto corrupto con el funcionario público, en el marco de contrataciones estatales.

Se analizaron los postulados jurisdiccionales sobre esa materia emitidos en la Casación N.º 661-2016/Piura, en recursos de nulidad resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, casaciones y autos de órganos jurisdiccionales del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. A partir ese análisis: i) se advirtió que la Casación N.º 661-2016/Piura sostiene que solo podrán responder a título de cómplices del delito de colusión aquellos particulares interesados que se concertaron con el funcionario público y que no podrá haber complicidad en ese ilícito fuera de esa esfera; y, ii) que esa postura entra en contraposición con otros pronunciamientos de la misma Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y de órganos jurisdiccionales del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Se identificó que en este último grupo de decisiones sí se consideraron como cómplices del delito de colusión a sujetos que dieron sus aportes para que prosperara el acuerdo corrupto, pero que no eran los particulares interesados que se concertaron con el funcionario público ni tenían las cualificaciones para ser considerados autores de ese ilícito. En síntesis, este trabajo surge a partir de identificar criterios judiciales peruanos distintos a lo que se sostuvo en la Casación N.º 661-2016/Piura.

Al efectuar el estudio de esas resoluciones, se identificó que en los casos de corrupción en contrataciones públicas que dieron origen a esos procesos penales se presentaban dos grupos de sujetos que se caracterizaban por: i) haber dado un aporte para que prosperara el acuerdo corrupto; ii) no tener las cualificaciones que exige el artículo 384 del Código Penal para considerarlo como autor del delito de colusión; y, iii) no ser los particulares interesados que se concertaron con el funcionario público.

El primer supuesto de sujetos está conformado por funcionarios públicos que, sin tener las cualificaciones que exige el artículo 384 del Código Penal para considerarlo como autor del delito de colusión, realizan un aporte para que prosperara el acuerdo corrupto, como

por ejemplo, sirviendo de mediador entre el particular “tercero interesado” y el funcionario público que responderá a título de autor de ese ilícito. El segundo supuesto de sujetos está conformado por particulares que, sin ser el particular “tercero interesado” que pacta con el funcionario público, realizan un aporte para que prosperara el acuerdo corrupto, como por ejemplo, posibilitando las coordinaciones ilícitas entre funcionarios públicos y particulares coludidos acerca de la ejecución del propósito criminal.

Habiendo diversos criterios judiciales acerca de si esos dos supuestos de sujetos pueden responder o no a título de cómplices del delito de colusión, se ha realizado un ejercicio de contraste entre los postulados sobre la complicidad en el delito de colusión de la Casación N.º 661-2016/Piura frente a lo que precisan las concepciones dogmáticas de Roxin, Jakobs y sus respectivos seguidores en cuanto a la complicidad en los delitos de infracción de deber, como lo es la colusión.

Producto de ese ejercicio de contraste, se ha identificado que: i) bajo las premisas de Roxin y sus seguidores sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber, pueden contemplarse situaciones de complicidad en el delito de colusión adicionales al del caso del particular “tercero interesado” que se colude con el funcionario que responde como autor; ii) bajo las premisas de Jakobs y sus seguidores, no puede haber complicidad alguna en un delito de infracción de deber institucional (como lo sería bajo esta postura la colusión), sino que en este tipo de delitos únicamente existen autores (únicos titulares de deberes institucionales); iii) los postulados en cuanto a complicidad en el delito de colusión de la Casación N.º 661-2016/Piura entran en conflicto con las concepciones dogmáticas de Roxin, Jakobs y sus respectivos seguidores en cuanto a la complicidad en los delitos de infracción de deber (institucionales en el caso de Jakobs); iv) la Casación N.º 661-2016/Piura expresa que su postura sobre la complicidad en el delito de colusión se fundamenta en lo afirmado en la Casación N.º 841-2015/Ayacucho sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber; y, v) la Casación N.º 841-2015/Ayacucho desarrolla su concepción sobre la participación en los delitos de infracción de deber, aunque no menciona expresamente el sustento dogmático de su postura sobre ese punto.

II. Análisis de la casación N.° 661-2016/Piura, identificación de sus postulados en cuanto a complicidad en el delito de colusión y su decisión en ese caso concreto

La teoría del caso en este proceso gira en torno a la obra denominada “Ampliación y mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla”. Luego del proceso de selección, se adjudicó tal obra al consorcio H&B (Sala Penal Permanente de la Corte de Justicia de la República, 2017, considerandos 1-4).

En el proceso de contratación ocurrieron irregularidades a favor de tal consorcio. De ellas se exponen las que son relevantes para identificar el marco fáctico de los aportes que habrían efectuado los funcionarios públicos cuya condena fue casada mediante esta sentencia (Sala Penal Permanente de la Corte de Justicia de la República, 2017, considerandos 1-4):

- i) En las bases se precisó que no se iban a efectuar adelantos de pago. Con ello se habría desincentivado la participación de otros potenciales postores. De esta manera, se habría logrado que solo se presente el consorcio H&B.
- ii) A pesar de lo anterior, luego de la firma del contrato entre la entidad y el consorcio H&B se firmó una adenda permitiendo ese adelanto.
- iii) Se identificó que la empresa H&B habría presentado en su propuesta a un técnico automotriz cuyo título era falso, pese a que en las bases se exigía la acreditación de un técnico automotriz.
- iv) Lo anterior fue puesto a conocimiento de la gerencia de administración y finanzas y, aun así, se suscribió el contrato.
- v) Se presentó una carta fianza otorgada por el consorcio H&B que fue emitida por COOPEX. Dicha carta fianza no habría reunido los requisitos necesarios, lo que no hubiese permitido a la entidad -en caso de reclamo o demanda- ejecutarla.

La Corte Suprema expresó estas consideraciones de Derecho en el apartado “C. complicidad en el delito de colusión” de esta casación

(Sala Penal Permanente de la Corte de Justicia de la República, 2017, considerandos 18 - 21):

- i) El órgano judicial supremo ratifica la postura sostenida en el fundamento jurídico vigésimo octavo de la Casación N.° 841-2015/Ayacucho. En ese pronunciamiento se precisó que la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Asimismo, se menciona que el delito de colusión es un delito de participación necesaria, por lo que se exige, para su configuración, de la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (intraneus); y, de otro lado, la participación del interesado (extraneus: sujetos sin deberes especiales).
- ii) Bajo esa premisa, en el delito de colusión solo podrá ser cómplice aquel que designe el propio tipo penal, es decir, solo podrá ser cómplice el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Además, se hace expresa mención a que no podrá haber complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público.

Por otro lado, cabe resaltar que la Corte Suprema calificó los hechos del caso como colusión simple y no colusión agravada, tal y como se había contemplado en sedes de instancia. La razón de ello es que no hubo acreditación de la defraudación exigida para la configuración del tipo agravado (Sala Penal Permanente de la Corte de Justicia de la República, 2017, considerandos 15-35).

Luego, la Corte Suprema aplica tales preceptos para resolver las situaciones jurídicas de quienes habían sido condenados por el delito de colusión agravada en las instancias (Sala Penal Permanente de la Corte de Justicia de la República, 2017, fundamentos 23-38):

- Respecto al sub gerente de Tesorería: Fue condenado en sede de segunda instancia como autor del delito de colusión agravada. La Corte Suprema lo absolvió del delito de colusión bajo el argumento de que los hechos imputados a él -irregularidades

en el control de las cartas fianzas otorgadas por el consorcio ganador y emitidas por COOPEX- no encajan en la configuración típica del delito de colusión. Esto se debe a que su cargo funcional no le permitió intervenir en la contratación pública. Además, la Corte Suprema refuerza su postura afirmando que el actuar de tal procesado habría sido posterior a la emisión de las bases o a la firma del contrato o su adenda.

- Respecto al gerente de Administración y Finanzas: Fue condenado en segunda instancia como cómplice secundario del delito de colusión agravada. La Corte Suprema lo absolvió de este delito bajo el argumento de que los hechos imputados a él -irregularidades en la función de clasificar y revisar la documentación contable e intervenir en el otorgamiento de adelanto al consorcio H&B, a pesar de tener conocimiento de que esto no estaba establecido en el contrato de ejecución de obra- no encajan en la configuración típica del delito de colusión. Esto se debe a que, pese a ser funcionario de la Municipalidad Distrital de Castilla, no participó en razón de su cargo en un acto colusorio. Además, la Corte Suprema refuerza su postura afirmando que el actuar de tal procesado habría sido posterior a la emisión de la adenda que permitía el adelanto en cuestión.
- Respecto al gerente de Asesoría Legal: Fue condenado en segunda instancia como autor del delito de colusión agravada. La Corte Suprema lo absolvió del delito de colusión bajo el argumento de que los hechos imputados a él -intervención fundamental para la concesión de la adenda al contrato de ejecución, ya que emitió un informe que sirvió como sustento para la suscripción de la adenda que permitía un adelanto a la empresa H&B- no se subsume en el tipo penal de colusión. Esto se debe a que su cargo funcional no le permitió intervenir en la contratación pública. Además, la Corte Suprema refuerza su postura afirmando que el actuar de tal procesado habría sido posterior a la emisión de las bases o a la firma del contrato. Así también, se menciona que el informe imputado a este procesado no influyó en la decisión de brindar el adelanto cuestionado, pues se advierte que dicho informe se emitió un día después de que se ordenara, mediante memorándum, proceder con el trámite para brindar el adelanto de dinero solicitado.

- Respecto al “coordinador de obra” contratado mediante consultoría para que coordine acciones con las diferentes entidades estatales, así como para hacer seguimiento de informe y coordinaciones con el supervisor de obra, quien además realizó un informe donde opinaba favorablemente al pago de adelanto a favor del consorcio H&B-: Fue condenado en segunda instancia como cómplice secundario del delito de colusión agravada. Sin embargo, la Corte Suprema lo absolvió de dicho delito bajo el argumento de que los hechos imputados a él no se subsumen en el tipo penal de colusión, ya que solo podrá ser cómplice de este delito aquel particular que concierta con el funcionario público. Además, la Corte Suprema refuerza su postura afirmando que el informe imputado a él fue emitido en fecha posterior a la emisión de las bases y a un memorándum que permitía brindar el adelanto; es decir, su aporte habría sido subsecuente a la materialización del delito y no tuvo mayor implicancia a efectos de brindar el adelanto cuestionado.

En ese sentido, en la parte resolutive de la Casación N.º 661-2016/Piura -entre otros puntos- se casó la sentencia condenatoria de segunda instancia en cuanto a los cuatro procesados recientemente mencionados y, en consecuencia, se les absolvió del delito de colusión (Sala Penal Permanente de la Corte de Justicia de la República, 2017, parte resolutive).

III. Análisis de pronunciamientos jurisdiccionales con criterios o decisiones que no son compatibles con la Casación N.º 661-2016/Piura en cuanto a quienes pueden ser cómplices en el delito de colusión

Primer grupo: Resoluciones de casos donde los funcionarios públicos habrían dado un aporte doloso a la colusión, pero no contaban con la cualificación exigida por el artículo 384 del Código Penal para ser considerados autores.

Se han identificado tres pronunciamientos de la Corte Suprema donde se condena por participación en el delito de colusión a funcionarios públicos que no tenían la cualificación exigida para ser autores. A

continuación, se expone cada una de ellos:

- Recurso de Nulidad N.º 77-2012/Cusco (2012):

A través de esta resolución, la Corte Suprema confirma la condena por complicidad en el delito de colusión contra un funcionario público que no cumplía las cualificaciones exigidas por el tipo penal de colusión para ser considerado autor. Era vicepresidente del gobierno regional.

Se precisa que fue condenado porque ideó el crimen y materialmente fue quien estableció la concertación con distintos empresarios a fin de favorecerlos con la buena pro en distintas obras. Asimismo, también se habría vinculado con miembros de la organización que iba a realizar los respectivos procesos de selección.

La Corte Suprema puntualiza que este procesado no podría tener la calidad de autor de colusión debido a que las competencias de su puesto funcional no satisfacían la cualificación exigida por el artículo 384 del Código Penal. No obstante, indicó que su actuar no era atípico, sino que correspondía al de un cómplice.

Cabe precisar que la Corte Suprema fundamentó esa postura en una cita a un texto de Fidel Rojas Vargas, donde sostiene que los aportes a la colusión que efectúen funcionarios públicos que no tengan las condiciones necesarias para ser autores, podrán ser considerados a título de complicidad o serán irrelevantes penalmente.

- Recurso de Nulidad N.º 874-2018/Cañete (2018):

En este caso se condenó a una asesora legal de la Municipalidad Distrital de Asia como cómplice primario del delito de colusión.

A dicha funcionaria se le imputaba haber dado aportes para la materialización de un pacto colusorio que tenía el alcalde distrital de Asia y sus regidores con los representantes de una empresa. El beneficio ilícito al particular habría sido el de favorecerles en una contratación estatal. En detalle, a ella se le

imputaba: i) proponer a la empresa para su contratación ante el alcalde y los regidores; ii) haber efectuado esa propuesta sabiendo que no concurrían los requisitos para la contratación de la misma; y; iii) asentir irregularidades en el proceso de contratación.

Cabe precisar que la Corte Suprema la identificó como funcionario público y aun así la condenó a título de cómplice de colusión.

- Recurso de Nulidad N.° 1015-2009/Puno (2010):

En este pronunciamiento, la Corte Suprema rechazó los argumentos de las defensas de dos procesados funcionarios públicos (gerente departamental y gerente de administración de una agencia zonal de Puno), quienes señalaron que no podían tener responsabilidad penal en el delito de colusión porque no tenían una relación funcional con el proceso de selección, máxime si ese procedimiento estaba en manos de un comité de selección.

La Corte Suprema señaló que intervinieron en los hechos valiéndose de su nivel jerárquico dentro de la institución para delimitar el ámbito de actuación de ese comité y determinar a sus integrantes para que escogieran a la empresa que iba a ser favorecida ilícitamente.

Al evaluar su título de imputación, el tribunal supremo identificó que ellos no podían tener la calidad de autores porque les faltaba la relación funcional para decidir la adjudicación, por lo que revocó la sentencia de primera instancia únicamente en cuanto al título de imputación materia de condena, sosteniendo que deben responder a título de instigadores.

Segundo grupo: Una resolución de una sala del Sistema Nacional Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios en la que se confirmó la prisión preventiva de un particular procesado por complicidad en una colusión sin ser el “tercero interesado” que habría pactado con el funcionario público.

La decisión materia de análisis es la Resolución N.º 2 de fecha 23 de diciembre de 2019, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, en el Expediente N.º 52-2018-10-5002-JR-PE-02.

Sobre esta resolución resaltamos lo siguiente:

- Mediante dicha resolución se confirma la prisión preventiva impuesta contra un ciudadano particular sobre el que recaía una imputación de colusión a título de cómplice.
- La tesis de imputación sostenía que este particular habría fungido como el “intermediario representante” de un funcionario público que en otro proceso había sido condenado como autor de colusión agravada, en el marco de una contratación donde habría pactado con personal de Odebrecht para favorecerla.
- Este ciudadano habría efectuado aportes al realizar coordinaciones entre ambas partes sobre los términos del pacto corrupto y habría coadyuvado a ejecutarlo.

IV. Identificación de los dos grupos de sujetos que fueron imputados como cómplices en el delito de colusión en los pronunciamientos jurisdiccionales con criterios o decisiones que no son compatibles con la Casación N.º 661-2016/Piura en cuanto a la complicidad en el delito de colusión

A partir del análisis de las resoluciones descritas en el anterior numeral del presente trabajo, se han identificado dos grupos de sujetos que han sido imputados como cómplices en el delito de colusión a pesar de no ser los particulares “terceros interesados” que pactan con el funcionario público. Estos son los siguientes:

- Primer grupo de sujetos: funcionarios públicos que efectúan un aporte doloso a la comisión de una colusión, pero que no tienen la cualificación exigida por el artículo 384 del Código Penal para ser considerados autores.

- Segundo grupo de sujetos: ciudadanos particulares que fungen como “representantes” de un funcionario público corrupto ante los particulares “terceros interesados” para coadyuvar al arribo de un pacto colusorio o para facilitar su ejecución en el proceso de contratación.

V. La concepción dogmática de Roxin y sus seguidores sobre los delitos de infracción de deber y la complicidad en ese tipo de ilícitos

En un primer momento, Roxin tomaba como referencia central al concepto “deber extrapenal” para identificar quiénes pueden responder como autores en un delito de infracción de deber. Quien ostentaba y quebrantaba tal deber en el marco de este tipo de ilícitos era quien debía responder a título de autor. Todos aquellos que también intervinieron en ese crimen pero sin ostentar -y por ende no quebrantar- ese deber extrapenal, solo podían responder a título de cómplices o instigadores. Actualmente, Roxin no circunscribe su punto central en el “deber extrapenal”. Así lo señala Mendoza Ayma, quien afirma que la postura actual de Roxin es que el deber que tiene que ostentar un ciudadano para poder ser autor de un delito de infracción de deber, no es estrictamente de carácter extrapenal -como por ejemplo los deberes de los funcionarios públicos reconocidos en los Reglamentos de Operación y Funciones o Manuales de Operación y Funciones-; sino que estos deberes recogidos en los tipos penales están vinculados a las exigencias que emanan de los roles sociales que asume un ciudadano en una situación en concreto y, si tal ciudadano quebranta tales exigencias, provoca a título de autor la lesión típica al bien jurídico (Justicia TV, 2017).

Salinas (2020) indica que la postura que acoge respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber es la de Roxin, aunque discrepa en ciertos puntos con la concepción de dicho autor (pp. 319-353). Asimismo, explica que:

- i) En los delitos especiales sirve la teoría de infracción de deber -introducida por Roxin- para determinar la calidad de autor o partícipe de determinados ciudadanos.

- ii) El autor será el que ha participado en la comisión del delito infringiendo su deber especial de carácter penal -contribuyendo así a la puesta en peligro o lesión al bien jurídico, ya sea por comisión u omisión-; en tanto que partícipe será el que participa en la realización de tal delito, pero sin infringir deber especial penal alguno.
- iii) Estos “deberes especiales de carácter penal” -impuestos únicamente por la ley penal- fundamentan la autoría en los delitos especiales, y ello trae consigo la consecuencia de que no todos los ciudadanos sean pasibles de ser autores de este tipo de delitos, sino solo los que detentan dicho deber, tal y como lo exige el principio de legalidad en cuanto a las exigencias del propio tipo penal respecto a la cualificación que tiene que tener un sujeto para ser sujeto activo de un delito.
- iv) No acoge la postura del funcionalismo normativista de Jakobs, ya que esta conllevaría a que el intraneus y el extraneus respondan por un delito diferente -el primero por uno especial y el segundo por uno común- a pesar de haber participado de un mismo hecho criminal. Salinas Siccha fundamenta su rechazo a esta postura argumentando que no es razonable, ya que eso tendría como consecuencia que un grupo de personas que participa de un mismo hecho criminal respondan por un delito -uno especial-, y otro grupo por otro completamente distinto -uno común- o incluso queden sin respuesta penal debido a que no existe un ilícito penal subyacente, como pasaría con los delitos especiales propios. Además, resalta que en este último tipo de delitos, adoptar la postura de Jakobs generaría escenarios de impunidad respecto a los cómplices.
- v) Debe optarse por aplicar teorías que expliquen y justifiquen por qué todos los participantes con capacidad de culpabilidad que intervengan en un delito especial -ya sea propio o impropio- deben merecer sanción penal. Además, explica que acoger una postura de ruptura de título de imputación sería caer en la ficción de considerar las conductas de los cómplices -extraneus- como conductas de intervención delictiva en un delito que no se ha producido.

- vi) Aboga por una postura donde a partir de los principios sustantivos de unidad del título de imputación y accesoriedad, a los extraneus se le considere como cómplices de los autores de un delito especial.
- vii) El hecho de considerar a los extranei como cómplices de un delito especial que cometió un intraneus, no colisiona con lo prescrito en el artículo 26 del Código Penal -en cuanto a la comunicabilidad de circunstancias y cualidades entre autores y partícipes-, ya que de ninguna forma se le está traspasando la circunstancia especial del intranei al extranei. Muestra de ello es que desde esta concepción el extranei no podría responder a título de autor del delito de infracción de deber.
- viii) El último párrafo del artículo 25 del Código Penal es indicador de que el legislador ha adoptado la unidad del título de imputación -con lo que queda descartada la ruptura del título de imputación- al prever que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurren en él. (Salinas, 2018).

Por su parte, Pariona (2011) explica lo siguiente:

- i) Su postura toma como marco la concepción de Roxin en cuanto a afirmar que la infracción del deber especial fundamenta la autoría, mas no el injusto.
- ii) Desde su concepción, los deberes penales que fundamentan la autoría tienen una naturaleza penal. Con ello se advierte un apartamiento de las concepciones primigenias de Roxin, ya que este último afirmaba que estos deberes son extrapenales.
- iii) No acoge la postura concebida por Jakobs y sus discípulos en cuanto a sostener que la teoría de la infracción del deber no solo fundamenta la autoría de este tipo de delitos, sino que también fundamenta el injusto. Ello debido a que la punibilidad no puede ser fundamentada en una mera infracción de un deber o una norma, sino que esta también tiene que estar fundamentada materialmente en la afectación de un bien jurídico protegido.

- iv) En los delitos de infracción de deber será autor quien infringe el deber especial penal, mientras que será partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial. Sobre esto, hace especial mención a que no debe tomarse en cuenta criterios propios de la teoría del dominio del hecho para afirmar el grado de intervención delictiva de un ciudadano, sino solamente debe tomarse en cuenta si el mismo ha intervenido en la comisión del delito y si lo ha hecho o no infringiendo el deber especial de carácter penal.

En cuanto a Díaz y García (2014), señala que el parecer de Roxin es que, en determinados delitos, la autoría se rige por la infracción de un deber extrapenal específico que tiene un sujeto. El autor acepta que tal postura tiene un fundamento razonable -por lo menos en los delitos contra la Administración pública- ya que toma en cuenta que no es relevante quiénes realicen personalmente la conducta, sino quiénes infringen sus deberes en el marco de un ilícito. Este último grupo estaría compuesto por los autores y el resto de implicados serían partícipes. Sobre estos últimos, precisa que no hay una razón para excluirlos del castigo sin más argumento que el no haber infringido un deber especial. En ese sentido, encuentra adecuado el castigo al extranei, ya que si bien ellos no tienen el deber especial, sí pueden fomentar la infracción de tal deber.

Sobre lo último, Díaz y García (2005) menciona que, en aplicación de las reglas de accesoriadad limitada, el partícipe debe responder por el mismo tipo penal que el autor. De esta manera, reconoce que a esto se denomina unidad de título de imputación y sostiene que una ruptura del título de imputación sería incompatible con el fundamento del castigo de la participación. Asimismo, precisa que el extraneus no puede afectar el bien jurídico protegido de manera inmediata, sino que puede realizarlo fomentando o facilitando tal afectación por parte del autor.

VI. La concepción dogmática de Jakobs y sus seguidores sobre los delitos de infracción de deber institucional y la no posibilidad de complicidad alguna en este tipo de ilícitos

Jakobs y sus seguidores postulan una postura distinta a la de Roxin sobre la teoría de infracción de deber. Ilustraremos ello sintetizando lo que han escrito los seguidores de tal postura en nuestro país:

En primer lugar, Caro expuso lo siguiente (2006):

- i) Afirma que Roxin no fundamenta cuáles son esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo. Ello, máxime si esos deberes son centrales en este tipo de delitos.
- ii) Jakobs ha sido quien ha dado importantes aportes dogmáticos a esta categoría desde el pensamiento funcional normativista.
- iii) Jakobs plantea que las personas viven inmersas en un conjunto de deberes y que la infracción de estos es lo que fundamenta su responsabilidad jurídico-penal. Bajo esa premisa, la infracción a los deberes generales de actuación -los de no lesionar los bienes de los demás- es el fundamento de los delitos de organización. Por otro lado, también hay deberes en virtud de una competencia institucional, cuya infracción fundamenta lo que generalmente se conoce como delitos de infracción de deber. Lo característico de estos últimos es que a estos obligados especiales no solo se les exige “no dañar”, sino que se les exige fomentar y mantener seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica. Ello, en virtud a esa relación institucional, la cual debe ser entendida desde el punto de vista de las ciencias sociales.
- iv) Hay diferencias entre las posturas de Jakobs y la de Roxin sobre los delitos de infracción de deber. Ello, puesto que el primero entiende que la infracción al deber constituye el fundamento de la imputación jurídico penal, mientras el segundo entiende que tal infracción solo es un criterio que determina la autoría del hecho.

- v) Explica que en los delitos de infracción de deber institucional solo será autor aquel que, en el marco de un hecho delictivo, infrinja su deber especial, independientemente de la organización que haya ostentado; es decir, para que alguien sea autor de este tipo de delitos no importa cuánto haya aportado al hecho, sino solo la incorrectitud de su actuar respecto al deber que ostenta.
- vi) Sostiene que el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación sería solamente la lesión de un deber especial. En ese sentido, los delitos que cometan los obligados especiales solo podrían configurar autoría bajo la fórmula de autor único. Caro explica que cuando dos obligados institucionales participen en un hecho criminal, ambos responderían a título de autores pero nunca a manera de coautores, ello puesto que no existe una lesión común de los deberes.
- vii) Precisa que la distinción entre autoría y participación es un asunto que solo pertenecería a los llamados delitos de dominio (o delitos de infracción de deber general de organización según esta concepción). Asimismo, el autor subraya que la accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber institucional. Esto debido a que el criterio de infracción del deber institucional no es cuantificable, ya que no es relevante cuánto se aporte al hecho para identificar una autoría o participación.
- viii) Afirma que el extranei -en caso participe fenomenológicamente en lo que vendría a ser un delito de infracción de deber institucional conjuntamente con un intraneus- respondería como autor de un delito de dominio. Esto debido a que el extranei -a diferencia del obligado institucional- solo ostenta un deber general, mas no un deber institucional. Ello, incluso en los casos donde el extranei y el intranei se hayan repartido el trabajo en un marco delictivo.

En segundo lugar, García (2019) explica este tipo de delitos afirmando lo siguiente:

- i) En los delitos de infracción de deber institucional será autor aquel que, estando institucionalmente obligado a cumplir un

deber positivo específico, lo incumple.

- ii) En estos delitos no puede realizarse una diferenciación cuantitativa de la competencia del obligado institucional a fin de distinguir su intervención a título de autor o partícipe, ya que este obligado responderá siempre a título de autor.
- iii) La categoría de delitos de infracción de deber no solo repercute en la delimitación de la autoría y participación, sino que también lo hace en la estructuración de la imputación penal.
- iv) Sobre las formas de intervención delictiva, sostiene que, debido a que el deber institucional es de carácter personal, no es posible una configuración conjunta del hecho. Bajo esa premisa, si en un hecho participa el obligado institucional con un extraneus, cada uno responderá como autor de su propio delito. La participación del extraneus podrá tener relevancia penal tan solo en el supuesto de que su conducta sea subsumible en un delito de dominio.
- v) Explica lo último argumentando que, si en un delito de infracción de un deber el criterio de imputación es la infracción del deber institucionalmente configurado, es lógico que dicho delito solamente pueda ser cometido por quien es titular de tal deber. Asimismo, ahonda explicando que puede ser que materialmente un no obligado favorezca a un obligado institucional, pero debe entenderse que normativamente no puede existir una competencia conjunta por la infracción de ese deber. (pp. 756-789).

VII. Posturas de autores peruanos acerca de contemplar complicidad en el delito de colusión en supuestos diferentes al del particular “tercero interesado”

Ahora expondremos la postura de autores nacionales en cuanto a la complicidad en el delito de colusión fuera del particular “tercero interesado” que se colude con el funcionario público.

Rojas (2007) sostiene que aquellos aportes de funcionarios públicos que no cuenten con la cualificación especial exigida por el artículo 384 del Código Penal a hechos criminales de colusión, pueden ser atribuibles a título de complicidad en dicho delito o bien ser considerados irrelevantes penalmente (p. 408).

Por otro lado, García (2015) sostiene que si un funcionario público que no cuenta con la cualificación especial para ser considerado autor de colusión, ejecuta una decisión tomada por otro funcionario público a pesar de conocer la existencia de un acuerdo corrupto entre este último y un particular, tal aporte podría ser atribuible bajo una imputación por el delito de omisión de denuncia o, de existir obligaciones de intervención, incumplimiento de deberes funcionariales (pp. 1099-1100).

Pariona (2017) sostiene que pueden haber situaciones de complicidad en el delito de colusión en casos donde intervengan funcionarios públicos que no tengan las cualificaciones para ser considerados autores o en casos donde hayan particulares (extranei) que coadyuven al autor a la realización del ilícito. Esto último incluye a los intermediarios que faciliten las conversaciones a fin de perfilar y arribar a un pacto colusorio (pp. 116-125).

Por su parte, Castillo (2017) considera que si un funcionarios público no tiene las cualificaciones para ser considerado autor del delito de colusión, pero coadyuvó al funcionario que sí posee dichas cualidades, podrá ser considerado cómplice de ese ilícito (pp. 544-545).

Finalmente, Salinas (2019) expone que responderá a título de cómplice aquel funcionario público que da un aporte a un hecho criminal de colusión sin tener la cualificación especial para ser considerado autor. Asimismo, sostiene que responderá a título de cómplice aquel particular que funge como “representante para cuestiones ilícitas” del funcionario público con el propósito de servir de intermediario entre este último y los particulares interesados (pp. 368-377).

VIII. Conclusiones

1. La Casación N.° 661-2016/Piura sostiene que solo puede ser considerado cómplice de colusión aquel expresamente contemplado en el tipo penal (el particular “tercero interesado” que pacta con el autor).
2. La postura de la Casación N.° 661-2016/Piura se fundamenta en lo que se precisó en la Casación N.° 841-2015/Ayacucho. Del análisis de los considerandos de esta última (incluyendo el vigésimo octavo, en el cual se explican sus ideas centrales) se ha identificado que no se ha hecho mención al fundamento dogmático de su afirmación consistente en que en los delitos que son, a la vez, de infracción de deber y de participación necesaria, solo se puede condenar al partícipe cuyo actuar esté contemplado en la redacción típica.
3. Se han identificado resoluciones de la Corte Suprema y de la Corte Superior de Justicia Nacional Especializada donde se condenó o se impuso prisión preventiva a ciudadanos contra los cuales se formularon cargos de complicidad en el delito de colusión en supuestos adicionales al del particular “tercero interesado” que se colude con el funcionario que responde como autor.
4. Bajo las premisas de Roxiny sus seguidores sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber, pueden contemplarse situaciones de complicidad en el delito de colusión adicionales al caso del particular “tercero interesado” que se colude con el funcionario que responde como autor.
5. Bajo las premisas de Jakobs y sus seguidores, no puede haber complicidad alguna en un delito de infracción de deber institucional (como lo sería bajo esta postura la colusión), sino que en este tipo de delitos únicamente existen autores (únicos titulares de deberes institucionales).
6. Los postulados en cuanto a complicidad en el delito de colusión de la Casación N.° 661-2016/Piura entran en conflicto con las

concepciones dogmáticas de Roxin, Jakobs y sus respectivos seguidores en cuanto a la complicidad en los delitos de infracción de deber (institucionales en el caso de Jakobs).

Bibliografía

Doctrina

Caro John, J. (2006). Sobre la autoría en el delito de infracción de deber. *Derecho Penal y Criminología*, 27 (80), 91-110. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/995>

Castillo Alva, J. (2017). *El delito de colusión*. (1° ed.). Instituto Pacífico S.A.C.

Díaz y García Conlledo, M. (2005). La problemática de la codelinuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el "interviniente" del artículo 30, párrafo final. *Derecho penal y Criminología*, 26(77), 45-78. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1023/967>

Díaz y García Conlledo, M. (2014). Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión. *Revista Nuevo Foro Penal*, 10(83), 15-38. <https://doi.org/10.17230/nfp.10.83.1>

García Cavero, P. (2015). *Derecho Penal Económico Parte Especial*. (2° ed., Vol. 2). Instituto Pacífico.

García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal – Parte General*. (3° ed.). Ideas Solución Editorial S.A.C.

Justicia TV. (3 de noviembre de 2017). La cátedra de los jueves- 02-11-2017 [Archivo de Vídeo]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=8Z2Sc3fqM7s&ab_channel=JusticiaTV

Pariona Arana, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (19), 69-83.

Pariona Arana, R. (2017). *El delito de colusión*. (1° ed.). Instituto

Pacífico S.A.C.

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. (4° ed.). Editorial Jurídica Grijley.

Salinas Siccha, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Anuario de Derecho Penal 2015-2016, Problemas actuales de política criminal* (pp. 93-126). http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf

Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos Contra la Administración Pública*. (5° ed.). Editorial Iustitia.

Salinas Siccha, R. (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/16746/Salinas_se.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República (2012). Recurso de Nulidad N.º 77-2012/Cusco.

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (2019, 23 de diciembre de 2019). Resolución N.º 2 del Expediente N.º 52-2018-10-5002-JR-PE-02. <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/09/2018.12.18-confirma-prolongacion-de-prision-preventiva-Valverde-Varas.pdf>

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (2010, 17 de febrero). Recurso de Nulidad N.º 1015-2009/Puno (San Martín Castro).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017, 11 de julio). Casación N.º 661-2016/Piura (Pariona Pastrana). <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas->

661-2016-Piura-Legis.pe_.pdf

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2018, 13 de agosto). Recurso de Nulidad N.º 874-2018/Cañete (Castañeda Espinoza). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/R.N.-874-2018-Ca%C3%B1ete-Legis.pe_.pdf

La participación del extraneus en el delito de negociación incompatible. Análisis dogmático y jurisprudencial

Luis Angel Delgado Flores¹

Sumilla

En el presente trabajo se analiza la temática de la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, teniendo como referencia la legislación penal vigente, la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la República y la doctrina especializada sobre la materia. En virtud de dichas fuentes jurídicas, se concluye que resulta procedente imputar responsabilidad penal al tercero que realiza actos de colaboración relevantes que permitan al autor cometer el hecho punible en referencia.

Palabras clave

Negociación incompatible, participación, extraneus, principio de accesoriadad, teoría de unidad de la imputación

I. Introducción

En las últimas décadas, el Perú ha experimentado un incremento exponencial de los índices de criminalidad, especialmente de ilícitos penales en el ámbito de la Administración pública, siendo el delito de negociación incompatible (o aprovechamiento indebido del cargo) el que viene presentando una recurrencia cada vez mayor en la jurisdicción anticorrupción, lo que ha motivado una mayor atención por parte de los operadores jurídicos en el análisis de los diferentes tópicos que atañen al delito antes referido.

En tal sentido, uno de los aspectos que ha suscitado mayor controversia en la praxis forense corresponde al debate respecto a la aceptación o no de la participación en el marco del delito de

¹ Abogado. Magíster en Gestión Pública y Maestro en Derecho Constitucional y Administrativo. Jefe encargado de la Oficina Descentralizada de Moyobamba de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (Perú). Correo electrónico: ldelgado@pge.gob.pe

negociación incompatible, temática que presenta una gran relevancia para el análisis correcto de la casuística que se presenta respecto a los hechos materia de los procesos penales instaurados por la comisión del citado delito, siendo que con frecuencia dentro del contexto fáctico se evidencia la intervención de un extraneus (extraño o tercero), más aún si se trata de sucesos relacionados al campo de las contrataciones públicas, en donde existe una interacción entre los funcionarios o servidores públicos con los particulares.

Precisamente el presente trabajo académico tendrá por objeto efectuar un análisis teniendo como fuentes principales la legislación penal, la jurisprudencia de la Corte Suprema y, en forma complementaria, la doctrina, a partir de las cuales se establecerá el sustento jurídico que permita determinar razonablemente si resulta procedente o no aceptar la participación de los extraneus en el marco de un proceso judicial, en donde se identifique responsabilidad penal a los autores por la comisión del delito de negociación incompatible.

II. La participación del extraneus en el delito de negociación incompatible

1. La regulación de la participación y su relación con el delito de negociación incompatible en el Código Penal peruano

El Código Penal peruano vigente, en su capítulo IV sobre "Autoría y Participación", ha previsto las disposiciones normativas siguientes:

Artículo 23.- El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

Artículo 24.- El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

Artículo 25.- El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

De acuerdo a la regulación normativa antes citada, el sistema penal peruano se ha afiliado a la teoría diferenciadora de autor (dominante en el derecho comparado); de tal manera que se permite imputar responsabilidad penal no solo a quienes tienen el título de *“autores”*, sino también a todos aquellos que contribuyan para que dichos agentes infractores puedan cometer el hecho delictivo, contemplándose dos modalidades de participación: *“la complicidad”* y la *“instigación o inducción”*.

En tal sentido, y de acuerdo lo previsto en la Parte General de la Ley Punitiva, se ha establecido como regla general que en todo hecho punible se admita la participación como título de imputación, ya sea por complicidad o instigación, siendo que dicha regla resulta aplicable tanto a los delitos comunes como a los delitos especiales o de infracción de deber.

Por tanto, y atendiendo al citado marco normativo y en concordancia con la actual estructura típica consignada en el artículo 399 del Código Penal², resulta posible que puedan presentarse cualquiera de las formas de participación criminal previstas en la legislación punitiva (Delgado, 2016, p. 228), de tal manera que no existiría un impedimento legal para determinar responsabilidad penal a los extraneus a título de partícipes por la comisión del delito de negociación incompatible, siendo por el contrario jurídicamente válida la determinación de responsabilidad penal a los terceros que intervienen en dicho hecho punible. En ese sentido se ha pronunciado el sector cualificado de la doctrina nacional, al admitir la posibilidad de que el tercero pueda intervenir ya sea como cómplice (primario o secundario) o como un instigador (Rojas, 2016, p. 354; Castillo, 2015, p. 119), toda vez que al tratarse de un delito especial “el funcionario que tiene a su

2 El artículo 399 del Código Penal vigente señala lo siguiente: “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

cargo el contrato o la operación podrá ser autor del delito, y cualquier otro funcionario (sin relación funcional) o no, podrá ser partícipe” (Abanto, 2003, p. 519).

2. La participación del extraneus en el delito de negociación incompatible en la jurisprudencia de la Corte Suprema

La temática de la participación del extraneus o tercero en el delito de negociación incompatible no ha tenido un tratamiento uniforme en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República. En tal sentido, se ha podido identificar dos líneas jurisprudenciales establecidas por el Supremo Tribunal de Justicia Penal, las mismas que se exponen a continuación:

- Una primera línea jurisprudencial se caracteriza por “no aceptar la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible. Tal es el caso de la Casación N.° 841-2015/ Ayacucho del 24 de mayo de 2016, en el cual se estableció lo siguiente:

Trigésimo: Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la se celebra el contrato no es necesaria.

La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo.

Posteriormente, en la Casación N.° 23-2016/Ica del 16 de mayo de 2017, la Sala Penal Permanente, teniendo como referencia la resolución citada anteriormente, indicó lo siguiente:

4.37. Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos -en aplicación del principio de legalidad-, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto que no es necesaria para la configuración del tipo penal (...).

4.38 La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece al cumplimiento cabal del principio de legalidad y asimismo, a que el tercero -que se beneficiara- no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública.

Siguiendo la línea jurisprudencial antes citada, en la Casación N.º 184-2020/Lima Norte del 26 de abril de 2022 se señaló lo siguiente:

Cuarto. (...) [L]a sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve (folio 3294), entre otros extremos, confirmó la sentencia de primer grado en cuanto a que absolvió a Tomás Raúl Encinas Vilquimichi, al amparo de los siguientes fundamentos:

2.33.- Nos encontramos ante delito especialísimo donde estructura típica del delito no permite la participación de un tercero, pues atribuirle a éste injerencia en el direccionamiento de la conducta de los sujetos activos del delito implicaría que conducta se desenvuelve en un marco de concertación que se encontraría referida más bien a la materialización de un delito distinto. Así mismo, atribuirle al tercero calidad instigador no haría sino

forzar figura con el solo propósito de buscar sancionar el rol que pudiera haber jugado en la negociación el procesado absuelto Encinas Vilquimichi, cuya actuación para efectos del tipo penal juzgado carece relevancia, así como también carecería de relevancia la materialización de un provecho patrimonial ya sea de parte de autores del hecho delictivo, como del tercero, esto con independencia de las obligaciones generadas a partir de los actos jurídicos celebrados.

(...)

Decimocuarto. Estando a ello, en el delito de negociación incompatible solo podrá responder el facultado (funcionario o servidor público) en razón del cargo que ostenta, toda vez que aquel será quien anteponga sus intereses en provecho propio o de tercero de forma indebida frente a los intereses de la administración pública, en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado.

(...)

Decimosexto. (...) [L]a decisión judicial de la Sala Superior ha analizado el tipo penal en los fundamentos 2.30 al 2.35 de forma correcta (...).

- Una segunda línea jurisprudencial de la Corte Suprema si acepta la responsabilidad penal del partícipe. En tal sentido, la Casación N.º 1895-2019/Selva Central del 27 de abril de 2021 ha señalado lo siguiente:

Quinto. Así, en lo que atañe al delito de negociación incompatible, el hecho de que no esté tipificado como un delito de participación necesaria, como así sucede en el ilícito de colusión, no impide la posibilidad de castigar a toda aquella persona que esté favorecida en la comisión de este ilícito. La participación no se sustenta en la infracción de un rol institucional que sólo vincula al obligado, sino en el hecho de que todos los miembros de la sociedad también se encuentran vinculados de forma meditada a estas. Por ello, el cómplice

tendrá que realizar un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, conociendo el interés indebido del funcionario público en una operación o contrato a su cargo y con la finalidad de obtener un beneficio de ello.

(...)

El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa indebidamente, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico. No basta con verificar, de modo objetivo, un aporte causal del interviniente punible y que con su conducta se facilite la comisión del delito. Resulta indispensable probar y justificar su comportamiento doloso.

En suma, al tratarse de un delito especial y un delito de infracción de deber, serán partícipes los sujetos que tengan algún tipo de intervención en el hecho punible, pero que no sean funcionarios ni servidores públicos o que, siéndolo, no tengan competencia en el contrato u operación del que se trate. Para ello se requiere, además, que hayan actuado de manera dolosa.

Sexto. En ese sentido, en virtud de la jurisprudencia y la doctrina especializada, esta Sala Penal Suprema aprecia que el delito de negociación incompatible, al tratarse de un ilícito especial propio –pues no existe un injusto común subyacente– y de infracción de deber, admite, jurídicamente, la participación punible del tercero no obligado institucionalmente o extraneus.

En el caso, la contribución delictiva de LUIS TEODOSIO JAVIER CABANA se pone de relieve con los hechos probados por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia (...). Sin duda, coadyuvó al interés ilícito y, en esa medida, actuó como representante de la empresa LJ Contratistas Generales E. I. R. L., presentó documentación que no cumplía los requisitos mínimos y supo que a la postre sería favorecido. Todo ello refleja que hubo una conexión incuestionable y directa entre el primero y los funcionarios públicos interesados que, posteriormente, le concedieron la buena pro respectiva por una ingente suma dineraria.

En ese mismo sentido jurisprudencial, la Sala Penal Permanente en la Casación N.º 1523-2021/Áncash del 20 de marzo de 2023 estableció lo siguiente:

CUARTO. Que, precisamente, por la naturaleza del delito de negociación incompatible (...) es que es pertinente afirmar la posibilidad de aceptar la participación de un tercero a título de cómplice (...). No es de recibo sostener que como se trata de un delito de infracción de deber no cabe la participación del extraneus, más aún si el delito principal es un delito de infracción de deber con componentes de dominio. Por lo demás, una ulterior reforma aclaratoria (de dos mil diecisiete) del artículo 25 del Código Penal ya sostiene que: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”. En todo caso es claro que la calidad especial que exige el tipo legal es requerida para el autor, pero no para los partícipes, cuyo dolo debe comprender esta circunstancia que fundamenta la represión (...). Tampoco es de recibo afirmar que como el delito de negociación incompatible no es un delito tipificado como de participación necesaria exclusión por razón de la estructura típica del delito– no cabe la sanción al extraneus, pues existen varios tipos delictivos que a pesar de no estar tipificados como un delito de participación necesaria admiten sin problema la complicidad delictiva. Solo se requiere que el particular realice un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, con conocimiento que auxilia al autor a concretar el interés indebido (...).

Continuando con la línea jurisprudencial antes descrita, el Supremo Tribunal de Justicia Penal ratifica su posición en cuanto a la participación del extraneus en la Casación N.º 1584-2021/Callao del 30 de marzo de 2023, en la cual señala lo siguiente:

Decimoprimer. Dentro de las distintas formas de participación, nuestro Código Penal, en el artículo 25 (vigente al momento de los hechos), prevé la complicidad primaria y secundaria (...) el partícipe, como se ha mencionado, no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo

penal. En esa línea, la participación en los delitos especiales propios no es impune. Esto es, aun cuando el delito sea especial porque exige una cualidad en el agente, ello no imposibilita la confluencia de un partícipe en la materialización de los hechos.

(...)

Decimotercero. En este contexto, es posible la participación en el delito de negociación incompatible. Desde el ámbito de la responsabilidad, se ha de exigir a este una contribución suficiente que coadyuve a que el autor ejecute la acción ilícita. Puede ser un servidor público no vinculado funcionalmente al contrato u operación, como también un particular o tercero no obligado institucionalmente (extraneus). Lo importante reside en el aporte, aspecto que no debe lindar con la concertación, pues eso lo tornaría en un acto colusorio.

(...).

III. Posición asumida

Conforme se ha expuesto anteriormente en el foro nacional, específicamente en el ámbito jurisprudencial, no ha existido una posición uniforme respecto al tratamiento de la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, verificando dos líneas jurisprudenciales antagónicas respecto a esta temática. En tal sentido, atendiendo a lo previsto en el marco normativo vigente, lo definido por la ciencia penal y lo señalado por la propia Corte Suprema, se asume una posición a favor de aceptar la participación del extraneus en el delito en referencia en virtud de los argumentos siguientes:

En primer lugar, conforme a la regulación actual del Código Penal, en su artículo 25 se ha previsto la participación como forma de intervención delictiva, la cual, al haber sido consignada en la Parte General del citado cuerpo normativo, implica que por regla todos los delitos previstos en la Parte Especial, incluido los delitos especiales o de infracción de deber como el de negociación incompatible, admiten

la participación, máxime si con la modificación legislativa a la citada disposición legislativa en el año 2017 se estableció expresamente que el cómplice responde con ese título de imputación por el hecho punible cometido por el autor, aun cuando los elementos especiales que fundamentan la pena del tipo legal no concurren en dicho partícipe.

Atendiendo a lo antes señalado, y partiendo de la premisa de que existe sustento normativo para aceptar la participación en el delito de negociación incompatible, se debe tener en cuenta, además, un principio jurídico importante que aporta la ciencia penal: el “*principio de accesoriadad*”, que rige la participación; de tal manera que ante un hecho ilícito en donde se evidencie que en la comisión del delito también fue relevante el aporte realizado por el extraneus, dicha persona responderá a título de partícipe del delito de negociación incompatible (cómplice o instigador) en virtud a la “*teoría de unidad de la imputación*”, la misma que permite englobar el suceso fáctico producido en un solo tipo penal (Delgado y Caballero, 2010, p. 167), y en virtud a ello, los extraneus respondan a título de partícipes de un delito especial o de infracción de deber cuando hayan aportado en su realización (Villavicencio, 2007, p. 506).

Al respecto, si bien en el artículo 26 del Código Penal el legislador ha establecido una cláusula normativa de incomunicabilidad en las circunstancias de participación, que motivó un intenso debate en sede jurisdiccional respecto a dos posiciones antagónicas en la determinación del título de imputación de los partícipes (Unidad de imputación vs. Ruptura de imputación), la Corte Suprema dilucidó dicha controversia a través del Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116 del 12 de junio de 2017, en el cual se señaló lo siguiente:

12° (...) [E]l artículo 26° y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitar la calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada.

(...) [L]as circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor

potencial. Solo de manera excepcional en la Parte Especial del Código Penal Peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (...). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que trata de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica (...). Tal condición funcional, no es, pues una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito **sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar.**

(...)

(...) [E]l artículo 26° no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero extraneus como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que sólo puede ejecutar el funcionario público (...). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que pueda proyectar una circunstancia genérica, específica o calificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad (...) sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o partícipe de un mismo hecho punible (...). (el subrayado es propio).

Del acuerdo jurisprudencial antes citado queda establecido claramente que el artículo 26 del Código Penal tiene por objeto evitar el traslado de circunstancias personales que tengan incidencia en la mayor o menor intensidad de la sanción penal, más no tiene implicancia en el análisis jurídico para la determinación del título de imputación de los sujetos intervinientes en un hecho delictivo común en general, como tampoco en un ilícito penal especial como son los delitos cometidos contra la Administración pública. En consecuencia, el artículo 26 del Código Penal no resulta aplicable para sustentar la negación de la

participación del delito de negociación incompatible, puesto que, para determinar la condición de autores o partícipes de dicho delito, únicamente se debe recurrir al Código Penal en sus artículos 23, 24 y 25 de la Parte General, en concordancia con el artículo 399 de la Parte Especial.

En segundo lugar, si bien se ha identificado la existencia de tendencias antagónicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema; no obstante, cabe señalar que no se comparte la línea jurisprudencial que niega la existencia de la participación en el delito de negociación incompatible, puesto que se sustenta en argumentos jurídicos que no resultan correctos.

En tal sentido, y conforme se ha indicado anteriormente, en virtud al principio de accesoriedad y a la teoría de unidad de la imputación, es que la participación resulta jurídicamente posible en los delitos especiales o de infracción de deber, atendiendo a las disposiciones de la Parte General del Código Penal; acotando que:

[L]a calidad especial que exige el tipo legal (delitos especiales) (...) son requeridas para el autor, pero no para los partícipes. Conviene precisar que en el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice. (Hurtado y Prado, 2011, p. 181).

Asimismo, teniendo en cuenta la estructura típica que presenta actualmente el delito de negociación incompatible previsto en el artículo 399 de la Parte Especial, se evidencia con claridad que para su configuración no resulta necesario la intervención de un tercero, puesto que no se trata de un delito de encuentro o de participación necesaria, como es el caso del delito de colusión; siendo necesario únicamente, de acuerdo a la Casación N.º 1523-2021/Áncash "(...), que el particular realice un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo, con conocimiento que auxilia al autor a concretar el interés indebido (...)" (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Fundamento de Derecho Cuarto).

De igual manera, cabe precisar que si bien la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la citada Casación N.º 1895-2019/Selva

Central del 27 de abril de 2021, se pronunció a favor de aceptar la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, al año siguiente varió su posición en la Casación N.° 184-2020/Lima Norte del 26 de abril de 2022, en donde señaló que en el delito en referencia solo tendrá responsabilidad el funcionario o servidor público en razón al cargo que ostenta, retomando el criterio establecido en la ya mencionada Casación 841-2015/Ayacucho del 24 de mayo de 2016.

Tales decisiones jurisdiccionales contrapuestas generaban, sin duda, inseguridad jurídica, afectación a la predictibilidad en los fallos judiciales y confusión en los operadores jurídicos; no obstante, y afortunadamente, el mismo Tribunal Supremo de Justicia Penal advirtió dichas contradicciones en sus decisiones, conllevando a que en la Casación N.° 1523-2021/Áncash establezca lo siguiente:

(...) [E]s menester apartarse de la sentencia casatoria en las que algunos jueces de esta Sala intervinieron con anterioridad. Se trata de la sentencia casatoria 184-2020/Lima Norte, de veintiséis de abril de dos mil veintidós, que siguió lo estipulado por la sentencia casatoria 841-2015/Ayacucho, de veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis (...) y también de la sentencia casatoria 23-2016/Ica, de dieciséis de mayo de dos mil diecisiete; (...) (Fundamento de Derecho Quinto).

Reiterando, además, que en la citada Casación la Sala Penal Permanente se decantó por aceptar la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible y retomar la línea jurisprudencial que ya había trazado en otras con la citada Casación N.° 1895-2019/Selva Central del 27 de abril de 2021. Con lo cual quedó zanjado la aparente contradicción existente entre fallos judiciales de instancia suprema, estableciéndose además que la línea jurisprudencial que terminó imponiéndose es aquella que acepta la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, la misma que se ha ido consolidando con la emisión de resoluciones posteriores, como la citada Casación N.° 1584-2021/Callao del 30 de marzo de 2023, que ratifica dicha posición jurisprudencial, a la cual nos adherimos, puesto resulta acorde al marco normativo penal vigente, se encuentra en sintonía con la teoría jurídica de mayor coherencia y solvencia científica, y debido a que los resultados obtenidos permiten

sancionar penalmente a los extraneos como partícipes del delito de negociación incompatible, evitando casos de impunidad. Por tanto, la línea jurisprudencial actual de la Corte Suprema debe ser acogida por encontrarse conforme a los principios jurídicos de legalidad, culpabilidad y de razonabilidad.

En tercer lugar, y como aspecto complementario, es de indicar que la aceptación de la responsabilidad penal del extraneo en el delito de negociación incompatible resulta además coherente con la actual tendencia político criminal que viene siguiendo el Perú desde hace más de dos décadas, puesto que el ilícito penal en referencia forma parte del grupo de delitos en cuya comisión se encuentran inmersos la realización de actos de corrupción, que como fenómeno criminológico representa uno de los principales problemas sociales que viene atravesando el Perú hasta la actualidad, motivando que su tratamiento sea considerado como uno de los aspectos prioritarios a ser afrontados por el Estado mediante la adopción de políticas públicas sobre dicha materia por parte de los últimos gobiernos de turno, incluido el actual, en cuya Política General de Gobierno aprobada mediante el Decreto Supremo N.º 042-2023-PCM, publicada el 25 de marzo de 2023, estableció entre sus ejes la “lucha contra la corrupción, orden público y seguridad, y defensa de la soberanía nacional”.

De tal manera que, asumir una posición en contra de aceptar la responsabilidad penal del extraneo en el delito de negociación incompatible, además de ser contrario a los fundamentos jurídicos expuestos anteriormente, sería contrario a la política criminal adoptada actualmente por el Estado peruano, puesto que se estaría promoviendo la impunidad y el aumento de la percepción de la corrupción y desconfianza de los ciudadanos respecto a las instituciones públicas y del Sistema de Justicia Penal, teniendo en cuenta que de acuerdo a la casuística judicial, la mayor parte de casos por delitos de negociación incompatible están relacionados a actos ilícitos cometidos en el curso de procesos de contrataciones públicas, en los cuales no solo intervienen los funcionarios y servidores públicos que tienen la condición de intraneos, sino que también cuentan con la participación activa de particulares que tienen la condición de representantes de las personas jurídicas o de las empresas asociadas (consorcios) que resultan ser generalmente

las beneficiadas económicamente en dichas contrataciones.

Asumir una posición a favor de aceptar la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible, además de ser coherente con la política criminal actual en materia de lucha contra la corrupción, resulta también concordante con los tratados y compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano ante la comunidad internacional, tal es el caso de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2003), las mismas que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico nacional.

IV. Conclusiones

1. De acuerdo con las disposiciones normativas vigentes de la Parte General y Parte Especial del Código Penal, se acepta la responsabilidad penal de los partícipes en todos los delitos, incluido los delitos especiales o de infracción de deber como es el caso del delito de negociación incompatible.
2. Actualmente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha establecido como línea jurisprudencial imperante el reconocimiento de la participación del extraneus en el delito de negociación incompatible, quien responderá penalmente en tanto se acredite la realización de actos intencionales que contribuyan, en forma significativa, a la comisión de la acción típica por parte del autor.
3. Aceptar la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible resulta, además, coherente con la tendencia política criminal de lucha contra la corrupción que se ha establecido como parte de la actual política general de gobierno, además de estar acorde con la normativa convencional contra la corrupción que forma parte del ordenamiento jurídico nacional por decisión soberana del Estado peruano.

Bibliografía

Doctrina

Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. (2a ed.). Palestra.

Castillo, J. (2015). *El delito de negociación incompatible*. (1a ed.). Instituto Pacífico.

Delgado, L. (2016). El delito de negociación incompatible en el Código Penal Peruano. Alcances y precisiones dogmáticas. *Actualidad Penal*, (19), 198-237.

Delgado, L. y Caballero, C. (2010). Apuntes sobre la determinación del título de imputación en los delitos contra la administración pública. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (10), 159-175.

Hurtado, J y Prado, V. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (4a ed., Tomo II). IDEMSA.

Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Nomos & Thesis.

Villavicencio, F. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. (1a ed.). Grijley.

Jurisprudencia

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2023, 20 de marzo). Sentencia de Casación N.° 1523-2021/Áncash.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2021, 27 de abril). Sentencia de Casación N.° 1895-2019/Selva Central.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2022, 26 de abril). Sentencia de Casación N.° 184-2020/Lima Norte.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2016, 24 de mayo). Sentencia de Casación 841-2015/Ayacucho de 24 de mayo de 2016.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017, 16 de mayo). Sentencia de Casación N.° 23-2016/Ica.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2023, 30 de marzo). Sentencia de Casación N.° 1584-2021/Callao.

Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017, 12 de junio). X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116.

La responsabilidad penal de la persona jurídica, retos y perspectivas

Julio César Tapia Cárdenas¹

Sumilla

Nuestro ordenamiento jurídico contempla dos mecanismos para abordar la intervención de una persona jurídica en la comisión de un delito: a) como sujeto de las medidas del artículo 105 del Código Penal o b) como responsable penal, en cuyo caso tendrá la condición de imputada. En cualquiera de estos escenarios, esas circunstancias no impedirán que responda también por el objeto civil del proceso. Así, cuando se la considere pasible de las medidas del artículo 105 deberá ser incorporada también como tercero civilmente responsable, mientras que esto no será necesario cuando haya sido comprendida como imputada.

Ahora bien, ¿en qué casos puede ser considerada como imputada?, solamente en aquellos en los que el delito se haya cometido a su nombre y se traten de aquellos que se encuentran contemplados en el catálogo del artículo 1 de la Ley N.º 30424 y sus modificatorias; sin embargo, cuando se trate de delitos distintos a aquellos, como el propio dispositivo legal citado lo precisa, se deberá acudir al “régimen” de las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal.

Palabras clave

Persona jurídica, responsabilidad penal, tercero civilmente responsable, imputación

1 Maestrando en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María, especialista en Garantías Constitucionales de la Investigación y de la Prueba en el Proceso Penal por la Universidad Castilla La Mancha, especialista en litigación oral por la Scholl of Law - University Of San Diego. Docente de la Academia de la Magistratura y de la Escuela del Ministerio Público, capacitador del Programa de Apoyo a la Justicia Penal en el Perú de la Barra de Colegios de Abogados de Estados Unidos – ABA ROLI Perú, capacitador de la Secretaría Técnica de implementación del Nuevo Código Procesal Penal del Ministerio de Justicia y conferencista en materia penal y procesal penal. Es fiscal del Ministerio Público desde el año 2008.

I. Introducción

Cuando entró en vigencia el Código Penal de 1991², algunas voces del foro jurídico se inquietaron por la presencia de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, reguladas por el artículo 105. Muy pocos pudieron vislumbrar con claridad que nos encontrábamos frente a unas medidas de naturaleza preventiva que buscaban evitar que la persona jurídica recayera en actividades criminales o, en buena cuenta, fuera instrumentalizada para dicho fin, es decir, que nos encontrábamos frente a unas medidas de seguridad.

Si bien no hubo mayor reparo en reconocer que la incorporación de dicho mecanismo de modo alguno significaba contrariar el clásico *societas delinquere non potest*, de importante raigambre en nuestra tradición jurídica, la resistencia fue prácticamente unánime en el fuero penal, así como la confusión respecto a la naturaleza jurídica de esas medidas, lo que trajo consigo un escaso uso de las mismas, tanto en su planteamiento o postulación en el fuero fiscal, como en su implementación o aplicación en el fuero judicial.

Prueba de ello es el hecho de que la escasa aplicación de dicho dispositivo legal no haya dado lugar a mucha jurisprudencia al respecto. Esto, 20 años después de la entrada en vigencia del Código Penal, resultó en una denuncia por su uso limitado³, así como en el reconocimiento de la necesidad de implementar su progresiva aplicación en los diferentes pronunciamientos de los casos en los que la persona jurídica se encontraba comprometida. Sin embargo, esa misma jurisprudencia no fue ajena a la confusión que significó asumir la naturaleza de estas medidas de manera distinta a la que le correspondía⁴.

Aquellos vaivenes en la comprensión o interpretación de las muy

2 Mediante el Decreto legislativo N.° 635.

3 Acuerdo Plenario N.° 07-2009.

4 La Casación N.° 134-2015/Ucayali, sostuvo, con calidad de precedente vinculante, que el Código Penal de 1991 no regula en general una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

poco utilizadas medidas del artículo 105 del Código Penal no fueron exclusivos del ámbito jurisprudencial, sino también se reflejaron en el ámbito legislativo⁵. En ese sentido, cuando se reconoció que la persona jurídica debía estar sujeta a las consecuencias accesorias y, además, responder por la reparación civil en favor del Estado, se le otorgó la posibilidad de someterse a la colaboración eficaz, lo que añadió un cariz punitivo a dichas medidas.

Esta situación se evidencia en el hecho de que posteriormente el legislador, implícitamente, asumió que la decisión de incorporar al sistema jurídico nacional la responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas para la comisión de ciertos delitos, mediante promulgación de la Ley N.º 30424, implicaba el inicio de un sistema autónomo de responsabilidad de la persona jurídica. Así, la discusión se trasladó de la naturaleza de las medidas del artículo 105 del Código Penal hacia el tipo de responsabilidad que trajo consigo la referida Ley.

El presente trabajo tiene como único objetivo presentar una visión panorámica del tratamiento de la persona jurídica en el ámbito jurídico penal peruano, para luego describir el impacto de la responsabilidad “administrativa” de la persona jurídica. Finalmente, se presentará una postura respecto a los cambios legislativos que han transformado lo que constituye la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico nacional.

II. Las consecuencias accesorias

Si bien no se puede vislumbrar específicamente cuál habría sido el propósito del legislador al incorporar las consecuencias accesorias en el artículo 105 del Código Penal, ciertamente las sanciones penales tradicionales resultaban insuficientes para abordar y dar una respuesta integral a aquellas situaciones en las que el quehacer delictivo implicaba la participación o instrumentalización de la persona jurídica, ya sea para facilitar, cometer o encubrir un delito; por

5 Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 30737.

lo que la implementación de las **medidas preventivas**, digámoslo sin más, directamente dirigidas a las organizaciones, resultaba, y sigue siendo, una alternativa necesaria en un mundo en el que la persona jurídica forma parte esencial de la vida en sociedad.

Lo expuesto podría parecer contradictorio al haberse reconocido que las medidas del artículo 105 del Código Penal prácticamente no se utilizaban, como se recogió tanto en la jurisprudencia como en la doctrina (García Caveró, 2023, p.9). Sin embargo, es importante destacar que la promulgación de la Ley N.º 30424 impulsó una reflexión más profunda sobre la naturaleza jurídica de esas medidas y su utilidad en los ámbitos donde no eran aplicables. Este cambio de perspectiva permitió reconocer la relevancia de estas medidas, ya que, desde la óptica del responsable de estas líneas, resultan vitales para una respuesta eficaz frente a situaciones en las que se ha determinado la comisión de un delito, validando además la concurrencia o intervención de una persona jurídica en la trama criminal.

Considero que esa debe ser la perspectiva desde la cual se deben abordar las medidas preventivas del Código Penal: como mecanismos destinados a evitar que la persona jurídica siga siendo utilizada o se convierta en un refugio para los verdaderos responsables de los hechos criminales que sus actividades representan. Así también fueron entendidas en su génesis, ya que se concibieron como una respuesta ante la falta de capacidad delictiva de las personas jurídicas, que era la opinión predominante de la doctrina penal (García Caveró, 2023, p. 224) en el momento en que se promulgó dicho dispositivo legal.

Como se puede apreciar en el propio artículo 105 del Código Penal, las consecuencias accesorias pueden ir desde la suspensión de actividades hasta la disolución de la persona jurídica, lo cual dependerá del momento y la forma en que se haya producido el hecho delictuoso. No será lo mismo que la persona jurídica se constituya con el propósito expreso de valerse de ella para cometer delitos y que no cuente materialmente con un objeto que justifique su subsistencia, a que el delito sobrevenga a actividades de la persona jurídica que nacieron de forma regular y coherente con el ordenamiento.

Ahora bien, podría considerarse que con el advenimiento de la Ley N.º 30424, -y con ella la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y como es natural, las sanciones a las mismas-, ya no tendría sentido mantener la regulación de las consecuencias accesorias. Sin embargo, esto no es así, pues si bien no habría necesidad de las medidas del artículo 105 para las personas jurídicas a las que ahora se puede sancionar penalmente, no se puede decir lo mismo de aquellas otras que no responden penalmente por el delito cometido en el marco de sus actividades.

En buena cuenta, las medidas del artículo 105 del Código Penal mantienen su vigencia y utilidad en aquellos delitos que no se encuentran comprendidos en la Ley N.º 30424, en los que ha intervenido una persona jurídica y resulta indispensable prevenir que la misma sea instrumentalizada para facilitar, cometer o encubrir futuros hechos delictivos. Esto se debe a que las consecuencias se centran en la peligrosidad de la organización y no en su culpabilidad, dado que justamente resultan aplicables en ámbitos donde esta última no es posible discutir.

Los criterios para la aplicación de consecuencias accesorias deben ser específicos, deben considerar la peligrosidad objetiva de la organización y seguir el principio de proporcionalidad. Como se ha señalado, solo se pueden aplicar a aquellas personas jurídicas que no son penalmente imputables, pero cuya estructura presenta riesgos de continuidad delictiva.

Es importante concluir este apartado resaltando que la incorporación de personas jurídicas como parte pasiva en el proceso penal es indispensable para la imposición de cualquier medida. De ese modo, también deben reconocerse los derechos propios de tal posición, los cuales, desde mi perspectiva, deberían extenderse incluso a estadios anteriores del proceso. Es decir, se debería permitir su actuación desde las diligencias preliminares si en ese momento del proceso se vislumbra que la persona jurídica debe ser incorporada como sujeto de las medidas accesorias.

III. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Es necesario iniciar este apartado con una reflexión sobre las diversas opiniones que aún se oponen a aceptar que nuestro ordenamiento jurídico contemple la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto es aún más relevante cuando, para sustentar su postura, recurren a la denominación de la ley N.º 30424: “Responsabilidad administrativa de la persona jurídica”, lo que nos lleva a cuestionar si realmente nos encontramos frente a este tipo de responsabilidad o si, en realidad, nos encontramos ante una deficiente técnica legislativa que ha incorporado, en puridad, la responsabilidad “penal” de la persona jurídica.

Como primer punto a favor de quienes sostenemos que nos encontramos frente a la responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos señalar que la incorporación de dicha medida respondió a las exigencias de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE y el Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI, que promovieron la adopción de medidas más estrictas contra la corrupción y el lavado de dinero, incluyendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas como condición para aquellos países que quisieran formar parte de diversas plataformas económicas. En ese sentido, la génesis de la implementación de este tipo de responsabilidad se encuentra en la necesidad de aplicar una responsabilidad de naturaleza penal para la persona jurídica.

Ahora bien, otros elementos que refuerzan esta posición pueden encontrarse en la misma legislación que establece este tipo de responsabilidad. En primer lugar, la responsabilidad de la persona jurídica es declarada por un juez penal, dentro de un proceso penal y bajo sus reglas. Todo ello se lleva a cabo dentro de parámetros que giran en torno a un tipo penal específico. Incluso se habilita la posibilidad de que la persona jurídica se someta a mecanismos como la colaboración eficaz, lo que nos lleva a la conclusión de que nos encontramos ante un tipo de responsabilidad de índole penal.

Pero por si esto fuera poco, es fundamental tener en cuenta que, en un contexto de globalización económica y bajo los parámetros

internacionales actuales, resultaba imperativo que el Perú se alineara con los estándares internacionales de lucha contra la corrupción y el lavado de activos, ya que muchos países estaban adoptando tales medidas, como, por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2010 que reformó el Código Penal español, seguida de la Ley 1/2015. En resumen, muchos países del sistema europeo continental, incluso aquellos más recios en la defensa del *societas delinquere non potest*, empezaron a ceder y a adoptar marcos legales que incorporaron la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otro lado, tanto a nivel nacional como internacional y, en ambos casos, motivado por razones similares, se produjeron escándalos de corrupción de muy alto perfil. Esto evidenció la necesidad de considerar no solo la responsabilidad de los individuos que materialmente intervinieron en el hecho criminal, sino también la de las entidades corporativas que facilitan o se benefician de tales actividades ilícitas.

Así, tanto por la naturaleza de las exigencias que llevaron a considerar la incorporación de este tipo de responsabilidad en el sistema jurídico peruano, como por la coyuntura, las necesidades de política criminal que hacían ineficaces las respuestas del sistema de administración de justicia hasta ese momento, y la configuración de la misma en los términos de la legislación que la incorporó, desde nuestra perspectiva, nos encontramos indubitablemente frente a una responsabilidad de naturaleza penal de la persona jurídica.

Ahora bien, como argumento adicional para ampliar la gama de delitos en los que se pueda considerar la responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos señalar la insuficiencia de las sanciones penales individuales. Las penas impuestas a miembros individuales que pertenecen a las personas jurídicas no eliminaban la cultura corporativa criminógena ni prevenían futuros delitos, por el contrario, únicamente estimulaban a las empresas a depurar sus procedimientos para evitar futuras contingencias, o al menos limitarlas. Esto nos lleva a considerar la utilidad y necesidad de recurrir a una herramienta eficaz para combatir el delito a nivel corporativo.

En el mismo sentido, también se presentaban situaciones en las que la persona jurídica se valía de una persona natural para cometer delitos a su favor. Esto no era un caso aislado, sino una práctica frecuente

conocida como “director de banquillo”. Esta práctica se refiere a la designación de una persona para asumir la responsabilidad penal en caso de que la entidad se vea implicada en la comisión de un delito. Lejos de ser ajena a la realidad, esta estrategia representa la forma más sofisticada en que el accionar delictivo empresarial evita contingencias.

La persona designada para enfrentar las consecuencias jurídico penales, a menudo, no tenía un papel real en la toma de decisiones de la persona jurídica, y su designación era meramente simbólica. En efecto, en la trama delictiva empresarial más estructurada, el objetivo es que, si surge un problema legal, esta persona “de banquillo” asuma la culpa y las consecuencias legales, protegiendo así a los verdaderos responsables dentro de la organización. Con ello, quienes realmente tienen el dominio sobre los hechos criminales quedan eximidos, permitiendo a la persona jurídica continuar sus actividades sin contratiempos.

En efecto, a través de tales prácticas, las sanciones se volvían ineficaces, pues no lograban disuadir a la empresa de continuar con prácticas ilegales, ya que los verdaderos responsables no enfrentan consecuencias, lo cual consolidaba e incluso potenciaba una cultura corporativa criminógena que incidía en la organización, permitiendo o fomentando comportamientos ilícitos.

Estas razones, principalmente, no solo cuestionan la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica introducida con la Ley N.º 30424, sino que subrayan la necesidad de ampliar los tipos penales en los que dicha responsabilidad debe desplegarse. Con esto, se busca asegurar que las sanciones penales sean efectivas, que el sistema de administración de justicia brinde una respuesta plena, y que las empresas y entes colectivos no puedan evadir la responsabilidad mediante un “director de banquillo”.

Por lo tanto, es necesario examinar el estado actual de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Perú, más allá de los avatares procesales que enfrenta. Así, desde la incorporación de la Ley N.º 29263 hasta la Ley N.º 30424 y sus modificatorias, hoy en día es posible imputar una amplia gama de delitos a las personas jurídicas, incluyendo corrupción y lavado de activos.

Pero para que esto sea posible y, sobre todo, para que se declare judicialmente dicha responsabilidad, es necesario que los delitos sean cometidos a nombre de la persona jurídica, con distintos niveles de responsabilidad según la implicación de sus directivos. Además, la conducta debe tener efectos y beneficios para la entidad. Es decir, sigue siendo indispensable que una persona natural lleve a cabo la conducta, pero ahora no solo con su voluntad personal, sino en representación de la voluntad del ente colectivo.

Cabe mencionar también que la ley establece un sistema mixto de atribución que incluye la autorresponsabilidad, donde la falta de un modelo de prevención adecuado puede resultar en culpabilidad penal. Esto amplía el abanico de circunstancias y posibilidades respecto del criminal compliance, precisando que no se trata de la sola existencia de un plan de prevención o programa de cumplimiento para evaluar per se la posibilidad de enervar la responsabilidad de la persona jurídica, sino de la efectividad de dicho plan; no basta con un documento formal, sino que debe ser funcional y aplicado.

En cuanto a las sanciones, dado que nos encontramos frente a un tipo de responsabilidad penal, las consecuencias deben ser de la misma naturaleza, por lo que se incluyen multas, inhabilitaciones y, en casos graves, la disolución de la entidad jurídica. Aunque pueda generar confusión el hecho de que exista gran similitud con las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código Penal, tal situación debe superarse con la distinción que hemos intentado graficar en el presente trabajo entre ambos tipos de sanciones.

Un aspecto relevante en cuanto a las sanciones para la persona jurídica que ha incurrido en delitos que permiten considerarla penalmente responsable, es que haber implementado un modelo de prevención eficaz puede influir en la atenuación de la determinación de la pena.

De igual manera, si una persona jurídica alega contar con un modelo de prevención, solo se podrá formalizar investigación preparatoria en su contra si media un informe técnico emitido por la Superintendencia del Mercado de Valores. En dicho informe técnico, la entidad supervisora deberá analizar la implementación y el funcionamiento de ese modelo de prevención en relación con el delito imputado, determinando si se

trata de un modelo meramente formal o realmente efectivo.

En este contexto, queda claro que en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica, esta debe gozar de todas las garantías y derechos procesales que su condición dentro del proceso le habilita, en coherencia con el debido proceso. Así, debe contar con todas las posibilidades y prerrogativas que las personas naturales pudieren ejercer en una posición similar.

IV. Nuevos escenarios y retos pendientes

La Ley N.° 31740 introdujo diferentes modificaciones en múltiples aspectos de la Ley 30424, siendo la primera de ellas la modificación de su denominación: “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal”.

Asimismo, se ampliaron los delitos que pueden ser objeto de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Entre estos delitos se encuentran la contabilidad paralela (Art. 199 del Código Penal), atentados contra monumentos arqueológicos y zonas paleontológicas declaradas como patrimonio paleontológico del Perú (Art. 226 del Código Penal), extracción ilegal de bienes culturales y patrimonio paleontológico del Perú (Art. 228 del Código Penal), el delito de lavado de activos (Arts. 5 y 6 del D.L. N.° 1106), los delitos aduaneros (Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 10 de la Ley N.° 28008), los delitos tributarios (Arts. 1, 2, 4, 5, 5-A, 5-B, 5-C y 5-D del D.L. N.° 813) y los delitos de terrorismo (Arts. 2, 3, 4, 5, 6, 6-A, 6-B y 8 del D. Ley N.° 25475) .

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, se incluyó a las personas jurídicas extranjeras que realizan o desarrollan sus actividades, directa o indirectamente, en territorio nacional, mediante cualquier modalidad societaria, contractual o empresarial. Esto representa un alineamiento con los estándares internacionales sobre la materia.

Además, se precisa que las personas jurídicas serán penalmente responsables cuando los delitos que las implican hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas, obteniendo de

estos un beneficio, ya sea directo o indirecto, bajo cualquiera de las modalidades de autoría y participación previstas en los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal.

Así, se fijaron los criterios a considerar para el cálculo de la pena de multa, teniendo en cuenta el monto del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con la comisión del delito: La multa será no menor al doble ni mayor al séxtuplo de dicho monto. En caso de que no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con la comisión del delito, la multa será no menor de 10 ni mayor de 10,000 unidades impositivas tributarias (UIT). Además, se fijaron los criterios que permitieron motivar la imposición de la multa y las consecuencias aplicables si la persona jurídica no cumple con el pago, entre otros aspectos.

Recientemente, por medio de la Ley N.° 32054, se modificaron tanto la Ley N.° 30424 como el artículo 105 del Código Penal, afectando los dos ámbitos mediante los cuales la persona jurídica puede enfrentar consecuencias jurídicas en el marco del proceso penal: como sujeto de responsabilidad penal o como sujeto de consecuencias accesorias. En ambos casos, se limitó la posibilidad de que los partidos políticos puedan ser objeto de clausura de locales y disolución, limitando la responsabilidad, en ambos supuestos, de manera individual a los sujetos implicados en el ilícito.

Esta reforma legislativa resultó en un tratamiento diferenciado para las organizaciones políticas, como personas jurídicas, en comparación con otras entidades que también podrían estar implicadas en la comisión de delitos. Los defensores de esta medida argumentan que si se permite la aplicación de dichas sanciones, se limitaría la participación política de los demás miembros de las organizaciones políticas, por lo que únicamente los miembros directamente implicados en la conducta criminal deben asumir la responsabilidad.

Sin embargo, cualquier persona jurídica distinta de una organización política, que también cuenta con diferentes miembros, se vería afectada si se aplicara una medida de disolución u otras sanciones excluidas en la modificación legislativa. En consecuencia, esta reforma genera una situación de desigualdad o tratamiento diferenciado que claramente beneficia no solo a los demás miembros

de la organización política, sino a la propia entidad, ya que impide que esta sea declarada penalmente responsable, limitando dicha responsabilidad a los miembros involucrados en el delito.

El régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica requería una ampliación a otros tipos penales en los cuales la entidad se ve directamente implicada, tales como delitos de tráfico ilícito de flora y fauna silvestre, entre otros, y no una diferenciación que favorezca exclusivamente a las organizaciones políticas.

V. Conclusiones

1. En el Perú, a pesar de las modificaciones a la Ley N.° 30424, aún quedan brechas pendientes de abordar por el legislador para optimizar el tratamiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.
2. La modificación introducida por la Ley N.° 32054, respecto del tratamiento de las organizaciones políticas en el marco del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, genera una situación de desigualdad entre las mismas y sus miembros.
3. Aún existen áreas pendientes de regulación donde la persona jurídica interviene materialmente, lo que hace necesaria su inclusión como posible responsable penal bajo el régimen de la Ley N.° 30424.

Bibliografía

Ambos, K., Rodríguez, L., Cornacchia, L., Caro, D., Carrión, A., Crespo, E. y García, P. (2020, junio). *Responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Gaceta Jurídica.

Bajo Fernández, M. y otros (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (2a ed.). Aranzadi.

García Cavero, P. (2023, julio). *Derecho Penal de las personas jurídicas*. Instituto Pacífico.

Gascón Inchausti, F. (2012). *Proceso Penal y persona jurídica*. Marcial Pons.

Principales instituciones de la imputación jurídico penal al interior de estructuras societarias complejas

Daniel Ramos Yrigoyen¹

Sumilla

En una sociedad de riesgo como la nuestra, las actividades económicas de intercambio de bienes y servicios se encuentran reguladas y, en buena cuenta, limitadas por el Derecho Penal, que actúa como mecanismo de protección y control social. Este trabajo tiene como objetivo materializar una aproximación a los principales criterios e instituciones que deben ser analizados al momento de formular una imputación jurídico penal al interior de estructuras societarias complejas y jerárquicamente organizadas. De esta manera, se busca evitar aquellos escenarios que, por su propia naturaleza, dificultan una atribución de responsabilidad basada en el principio de culpabilidad. Este enfoque propone una aproximación a un Derecho Penal dinámico que ha sabido adaptarse en base a la teoría del delito, para dar solución a aquellos supuestos donde, a consecuencia de las actividades empresariales, se incrementa el riesgo jurídico penalmente relevante.

Palabra clave

Estructuras societarias, Derecho Penal, personas jurídicas, delitos, actividad empresarial.

I. Introducción

No existe discusión alguna que los seres humanos vivimos y nos desarrollamos en una sociedad de riesgos, y que el Derecho Penal es un mecanismo de control social. Entonces, estos dos conceptos no pueden ni deben ser separados, todo lo contrario, se encuentran estrictamente ligados, ya que el Derecho Penal establece los límites de los riesgos permitidos, que son todas aquellas conductas que por

1 Socio del Área Penal & Compliance de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría, Lima - Perú. Correo electrónico: daniel.ramos@ppulegal.com

su propia naturaleza tienen características inocuas o socialmente adecuadas que la sociedad debe permitir, tolerar y aceptar, ya que se entienden como necesarias para su desarrollo.

El Estado, reconociendo esta necesidad, interviene regulando aquellas conductas consideradas riesgosas o expuestas a peligros identificables, en aras de eliminar o minimizar estos escenarios peligrosos. Así, sólo cuando se superan los límites de los riesgos permitidos se ingresa al ámbito de los riesgos no permitidos o, en términos jurídicos, a los riesgos penalmente relevantes. Es en este contexto donde interviene el Derecho Penal.

II. Las personas jurídicas y las estructuras societarias complejas

Las complejas estructuras societarias que hoy lideran y controlan -en lo absoluto- las relaciones económicas y/o comerciales para la creación y generación de riqueza, presentan diversos escenarios y obstáculos para el Derecho Penal, especialmente cuando se cometen delitos en el marco de sus actividades empresariales. En toda empresa existe un grupo diverso de personas que interactúa constantemente, tomando decisiones de distinta índole y ejecutando actividades específicas orientadas al cumplimiento del objeto social. Estas decisiones empresariales, que pueden estar relacionadas con aspectos administrativos, contables, tributarios, productivos, comerciales, laborales u otros, generan un impacto tanto en el interior como en el exterior de la estructura societaria, ya sea de manera positiva o negativa.

Las personas jurídicas, al igual que el Derecho, tienen la capacidad de adaptarse y evolucionar a medida que avanzan y se desarrollan. A lo largo de su existencia, pueden adaptarse a nuevas necesidades empresariales, enfrentar nuevos retos, incluyendo el cambio de giro del negocio, y gestionar nuevos riesgos. Por ese motivo, al formular una imputación de naturaleza penal, es importante comprender la estructura organizacional de la empresa al momento de la supuesta comisión del delito. Esto permite distinguir entre sociedades organizadas y aquellas que presentan defectos en su organización o se encuentran desorganizadas.

1. Sociedades organizadas

Son estructuras dinámicas que han evolucionado y se han adaptado a las nuevas exigencias legales e institucionales. Gracias al compromiso y disposición de la alta dirección, estas organizaciones implementan políticas y principios orientados a la prevención y mitigación de riesgos de todo tipo, los cuales se despliegan por efecto cascada a toda la organización y a sus subsidiarias -si fuera el caso-.

2. Sociedades con defecto organizacional

Por el contrario, las sociedades con defecto organizacional son aquellas que, por su falta de control interno, pueden facilitar la comisión de delitos. Esto ocurre tanto por las relaciones internas entre trabajadores como por las externas con proveedores, clientes y terceros. Estas sociedades a menudo no han implementado medidas de control efectivas, o si lo han hecho, estas son meramente referenciales y no se supervisan, despliegan, ni se cumplen. En estos casos, por lo general no existe un adecuado compromiso de la alta dirección, que a menudo se encuentra desconectada de la administración y gestión del negocio.

3. Clasificación cuatripartita de empresas

En esta misma línea, Silva Sánchez y Ortiz de Urbina Gimeno (2022) proponen una clasificación cuatripartita en el ámbito empresarial, donde se identifican diferentes categorías:

- (i) Empresas económicas en la que se produce la división de trabajo con fines delictivos. Esta es una organización criminal.
- (ii) La empresa económica en la que, existiendo un riesgo serio de comisión de delitos por parte de sus cargos orgánicos, directivos, empleados o colaboradores, no adopta medida organizativa alguna para garantizar el cumplimiento de las normas penales por parte de estos. Si no se adoptan medidas –o estas son puramente cosméticas– se trata aquí de una desorganización criminal.
- (iii) La empresa económica en la que se adoptan medidas de cumplimiento, pero estas son ex ante insuficientes.
- (iv) En la empresa con medidas de cumplimiento

ex ante idóneas solo responden las personas físicas a las que cabe atribuir individualmente los delitos concretamente cometidos. (p. 31).

III. Delitos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas

Considerando lo expuesto hasta este momento, es importante tener presente que existen dos modalidades distintas de posible comisión de delitos dentro de estas complejas estructuras societarias. Por un lado están los delitos que pueden ocurrir desde la propia persona jurídica y, por otro lado, aquellos que pueden ocurrir en su interior.

Al respecto, es importante precisar que por los primeros se refieren a “los delitos que la entidad empresarial realiza como sujeto participante en el sistema económico, mientras que la segunda se refiere a los delitos cometidos al interior suyo por uno de sus órganos en contra de otro o de la propia empresa” (García Cavero, 2022, p. 524). Estos dos escenarios o riesgos potenciales pueden derivarse de acciones individuales o del actuar de un órgano en atención a una decisión colegiada, lo cual dificulta la intervención del Derecho Penal debido a la pluralidad de actores involucrados.

1. Sobre el principio de responsabilidad por el hecho

Nuestro Código Penal proscribire cualquier forma de responsabilidad penal objetiva, estableciendo así el principio de responsabilidad por el hecho, que se aplica obligatoriamente a toda imputación penal, indistintamente del delito en cuestión. Aunque la proscripción de la responsabilidad objetiva se encuentra regulada en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, esta institución también ha sido ampliamente desarrollada por nuestra Corte Suprema. Ejemplos de ello se pueden encontrar en la Casación N.º 724-2014/Cañete, la Casación N.º 455-2017/Pasco, la Casación N.º 1113-2019/ICA y el Recurso de Nulidad N.º 1175-2022/Lima. En particular, en la Casación N.º 1113-2019/Ica, la Corte Suprema ha señalado, de manera acertada, que

[E]s de rigor identificar dentro de la estructura empresarial

a las personas naturales en cuyo ámbito de organización se gestó el riesgo penalmente prohibido para el medio ambiente. No se puede imputar directamente responsabilidad penal en el directivo o el gerente por ser tal, sino que es menester, según lo ya expuesto, identificar a los que les corresponde asegurar los riesgos contaminantes de los procesos productivos (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento quinto).

Efectivamente, “la responsabilidad [penal] es inderogablemente personal, es decir, es siempre responsabilidad por el hecho propio” (Gracia Martín, 2021, p. 42). A partir de este principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho propio surge la imposibilidad de formular imputaciones penales basadas únicamente en el cargo que una persona ocupa al interior de una estructura societaria. Efectivamente,

[E]l sujeto debe saber lo que hace o debió haberlo sabido, y tener control sobre su entorno. De allí que en el ámbito empresario se procede a través de un modelo construido con garantes, posiciones de vigilancia y control, deberes especiales y dominios privilegiados de salvaguardia (Yacobucci, 2020, p. 10).

Por lo tanto, es necesario que al interior de la estructura societaria el sujeto realice una acción penalmente desaprobada o antijurídica, o que omita un comportamiento jurídico penalmente ordenado. Esta conducta debe generar una lesión o puesta en peligro, ya sea concreto o abstracto, de un bien jurídico penal. Si bien el artículo 27 del Código Penal regula la institución del “actuar en lugar de otro” señalando que es responsable penalmente quien realiza el tipo penal actuando

[C]omo órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad realizando (...), aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad (...) no concurren en él, sino en la sociedad; no debemos olvidar que la figura de la responsabilidad penal del que actúa en lugar de otro debe ajustarse, pues, ineluctablemente al principio de personalidad de la responsabilidad penal (Gracia Martín, 2021, p. 42).

Ahora bien, por acción debe entenderse toda conducta positiva que se encuentra orientada a un fin específico. En contraste, la omisión es un acto negativo, que implica dejar de hacer algo o no ejecutar una conducta que estaba obligada por mandato legal o institucional, permitiendo así que se produzca un resultado lesivo pese a tener el deber jurídico de impedirlo. En pocas palabras, la omisión es la ausencia de la acción.

En ese sentido, es importante tener presente que las normas prohibitivas del Derecho Penal son mandatos específicos de no hacer, es decir, prohíben la realización de conductas concretas. Por otro lado, las normas imperativas son mandatos de hacer, o dicho de otro modo, la obligación de realizar determinadas conductas con la finalidad de no incurrir en la comisión de algún delito. De esta forma, se puede observar que los delitos de omisión, en el fondo, responden a una naturaleza imperativa, como una obligación de hacer. Ejemplos de esto incluyen la obligación de informar a la autoridad, prestar auxilio o reportar operaciones sospechosas de lavado de activos a la UIF, entre otros. Así, el sujeto asume una posición de deber que surge de la potencial puesta en peligro de determinados bienes jurídicos, una situación que, en el contexto de las organizaciones empresariales, se origina naturalmente de sus propias operaciones.

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, las personas jurídicas están compuestas por un grupo de personas con roles y funciones distribuidas, orientadas al cumplimiento de su objeto social.

La asignación de funciones supone la distribución y configuración inicial de los ámbitos de competencia de cada uno de los sujetos que van a participar de la actividad empresarial. Cuando el empresario contrata a sus colaboradores y les asigna un puesto determinado o cargo, no está realizando propiamente una delegación, sino que está configurando la estructura de la empresa. Esto implicaría que el empresario sigue siendo formalmente competente por todo lo que sucede en ella. Sin embargo, esa omnicomprensión debe ser dejada de lado en virtud de los criterios de tipo material, que determinan, a pesar de la gestión general que se les pueda atribuir, que el empresario ha puesto en sus directores un dominio material

con un determinado ámbito de incumbencia. Lo que queda en la esfera del empresario es su compromiso individual de control y contención de riesgos determinados que puedan surgir de objetos o personas sometidas a su supervisión. (Yacobucci, 2020, pp. 13-14).

En esa línea,

[U]no de los principales rasgos de los modelos empresariales de división de trabajo es que en ellos no todo el mundo tiene que ocuparse de todo, sino que los ámbitos de decisión y de actuación se encuentran divididos a partir de una serie de actos de delegación (Ragués I Valles, 2005, p. 580).

Es así como Ragués concluye que la distribución de roles y funciones, ya sea de manera vertical u horizontal, facilita el desempeño de las responsabilidades laborales, aliviando a los trabajadores la carga de conocer cada detalle del funcionamiento de la empresa. Esto busca prevenir la extensión indefinida de las responsabilidades penales.

Por ello,

[L]a teoría de la imputación objetiva construida sobre la base de la infracción de los roles jurídicamente atribuidos responde mejor a las necesidades punitivas que debe satisfacer el Derecho Penal económico. Desde esta perspectiva, un hecho socialmente perturbador en el ámbito económico se podrá imputar objetivamente a una persona, solo si constituye la infracción del rol que desempeña (García Cavero, 2022, p. 359).

Ahora bien, en cuanto a las responsabilidades al interior de una persona jurídica, es usual inclusive que determinados delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades puedan ser atribuidos al sujeto mediante la figura penal de la comisión por omisión u omisión impropia (artículo 13 del Código Penal); es decir, actuar en contravención de lo que la norma prohíbe, pero mediante una abstención de la acción.

Bajo este supuesto de comisión por omisión, es esencial identificar a la persona que ejerce una posición de garante -que nace de la Ley o del cargo que ocupa al interior de la persona jurídica-. Este rol le confiere

un deber específico o una obligación institucional que lo obliga a actuar con responsabilidad, previniendo resultados dañinos, dado que ha “asumido una posición de dominio de los riesgos derivados de la actividad empresarial” (García Cavero, 2019, p. 61).

Así, el garante

[S]ólo lo será aquel que se encuentre, frente a una posible puesta en peligro, en una posición jurídica de deber especial, de pretensión de indemnidad de un bien jurídico determinado (...). Es decir, que al garante, se le impone normativamente el deber de evitar el resultado, sea este un daño o una puesta en peligro (...). Como la producción del resultado pertenece al tipo, el garante que infringe su deber de evitarlo carga con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado (Rafecas, 2021, p. 477).

Entonces, cuando una persona que ostenta la posición de garante incumple su deber, se ingresa al ámbito de la imputación penal por no cumplir con un deber objetivo de cuidado. Esta omisión se vuelve jurídico penalmente relevante debido al daño ocasionado o a la sola potencialidad de daño.

Por este motivo, las personas jurídicas correctamente ordenadas y organizadas desarrollan un esquema interno de roles, división de funciones, procedimientos, protocolos y controles, en virtud del cargo que se ocupa y de los objetivos comunes de la sociedad, basados en el principio de división de trabajo, los cuales están orientados al cumplimiento del objeto social. En este contexto, se evalúa la idoneidad y competencia de quienes asumen ciertas obligaciones, exigiendo que tengan las capacidades adecuadas para el ejercicio del cargo. Comúnmente, en toda estructura societaria organizada se implementa un organigrama que define la estructura vertical y horizontal de la organización, así como un Manual de Organización y Funciones (MOF) o un Perfil de Puesto, con el fin de ordenar y delimitar las actividades internas, regulando con claridad los cargos, obligaciones, funciones, deberes y competencias.

2. El principio de Confianza y su aplicación en la delegación de responsabilidades

Aquí es donde se resalta el principio de confianza, que establece que:

[C]ada individuo deberá comportarse conforme al rol que asume en una determinada relación social; la conformación de determinadas actividades sociales, depende de la actuación simultánea de varias personas, cada una de ellas deberá realizar su prestación de forma correcta, por consiguiente, una prestación deficitaria sólo podrá atribuirse a ellas y no al resto de participantes (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2017, Fundamento Décimo Sexto).

En el mismo sentido, Maraver Gómez (2009) señala que el principio de confianza “se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad; es decir, en la idea de que, en principio, los sujetos solo son responsables de lo que hacen ellos mismos y no de lo que hacen los demás”. (p. 401).

Este principio, en términos simples, permite delegar responsabilidades, roles o encargos específicos a personas que cuenten con las capacidades y los conocimientos adecuados para el cumplimiento de sus labores.

El criterio básico es que el delegante traslada por principio al delegado aquellas competencias que son necesarias para el cumplimiento de su operatoria. Este supuesto es el que hace coincidir la delegación de competencias con la delegación de funciones e implica que el garante es en definitiva el delegado, conforme a la extensión de las gestiones otorgadas a través de la transferencia. Se trata, pues, de una verdadera descarga de la responsabilidad (Yacobucci, 2020, p. 30).

Así, este principio permite confiar que el delegado actuará dentro del marco de riesgo permitido y esperado, conforme a las normas y con sentido de responsabilidad y criterio. El fundamento del principio de confianza “parte de la idea de que los demás sujetos [de la sociedad

o de la organización] son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho por parte de ellos” (García Caveró, 2008, p. 337). De este modo, la aplicación del principio de confianza dentro de una estructura societaria permite la optimización de recursos y mejora la eficiencia, evitando la duplicidad de cargos y el control continuo, permanente y excesivo del cumplimiento del rol que realiza una persona. Una aplicación adecuada y diligente de este principio libera de responsabilidad penal al delegante, siempre que haya confiado en el delegado para cumplir con su rol de acuerdo a los estándares esperados, basado en sus conocimientos, habilidades, experiencia, recursos, sentido de la responsabilidad, entre otros.

En esta misma línea, nuestra Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que:

[E]l principio de confianza sirve para negar un incremento del peligro inadmisibles. Consiste en que quien se comporta debidamente puede confiar en que otros también lo harán, siempre que no existan indicios concretos que harán lo contrario, o que la relación funcional, en puridad de cosas, le exija un comportamiento de mayor diligencia. El principio de confianza constituye una herramienta propia de la imputación, pues en nuestra sociedad se toleran determinados riesgos, los cuales hacen que los costes sean menores comparados a los beneficios que se obtienen. La complejidad de las relaciones sociales permite que las personas asuman determinados roles a efectos de no defraudar la expectativa social que involucra el cumplimiento de estas normas. El principio de confianza se constituye en un instrumento indispensable para marcar los estadios de lo socialmente permitido. Las personas que conforman esta sociedad deben velar porque las normas que las amparan se ejecuten y cumplan a cabalidad a efectos de no vulnerar el precepto normativo (2023, Fundamento Décimo Cuarto).

Sin embargo, a pesar de una correcta delegación basada en el principio de confianza, es fundamental reconocer que el delegante siempre conservará la responsabilidad intrínseca del control, supervisión y vigilancia sobre el adecuado desempeño y

cumplimiento de las funciones de la persona a su cargo. Sólo ante el incumplimiento de dicho deber [control, supervisión y vigilancia], o en caso de cumplimiento parcial o defectuoso, puede trasladarse la responsabilidad penal al delegante basado en una conducta omisiva; es decir, por haber incumplido su deber objetivo de cuidado. En este caso, no aplicará la liberación de responsabilidad en virtud al principio de confianza.

3. Responsabilidad penal por decisiones colegiadas

El Derecho Penal enfrenta problemas de imputación no solo en el ámbito de las responsabilidades individuales, sino también en las responsabilidades que surgen de decisiones colegiadas. Así, debemos partir de la premisa de que el Derecho Penal no contempla la posibilidad de atribuir responsabilidad penal únicamente por pertenecer al órgano o al colegiado que tomó la decisión o por las acciones de terceros, ya que inclusive bajo este escenario prima el principio de culpabilidad.

Recordemos pues que

[E]l principio de culpabilidad impide que sin más se hagan “atribuciones” penales, pues siempre se exige una intervención que sea posible -evitabilidad- e imputable en lo personal -aspecto subjetivo del delito-. No hay pues atribuciones objetivas por la sola detentación de cargo o función. El sujeto debe estar en conexión al menos imprudente con el hecho (Yacobucci, 2020, p. 10).

Así pues, es importante tener presente que no existe mayor discusión jurídica cuando dentro de un órgano colegiado todas las decisiones son unánimes. En este caso, si la decisión ha causado un riesgo jurídico penalmente desaprobado o ha ocasionado algún perjuicio, todos los miembros que integran el órgano colegiado responderán penalmente en base a la decisión adoptada. Sin embargo, el escenario cambia radicalmente cuando las votaciones no son unánimes, ya que puede haber miembros en minoría que voten en sentido contrario de la decisión final, de tal manera que su voto en contra no contribuye a que se tome la decisión penalmente relevante.

Entonces, es aquí justamente donde se centra una importante discusión jurídica: el Derecho Penal debe definir si interviene por (i) el sólo hecho de haber asistido a la sesión y formar parte del quórum necesario para la toma de la decisión jurídico penalmente relevante, independientemente del sentido del voto; (ii) si la sola manifestación de voluntad expresada con un voto en sentido contrario es suficiente para liberarse de la responsabilidad penal; o (iii) si el Derecho Penal exigirá al sujeto un comportamiento adicional orientado a impedir la ejecución de la decisión adoptada.

Con relación a la primera opción, consideramos que el Derecho Penal no debe responsabilizar o sancionar por el solo hecho de haber asistido a una sesión convocada y conformar el quórum para la toma de la decisión. Esta conducta es neutral y surge de una obligación institucional, dado que, al instalarse la sesión, aunque se conozca la agenda a tratar, aún no se ha deliberado ni votado, por lo que mal haría el Derecho Penal en adelantarse y sancionar conductas inocuas, pues se correría el riesgo de que dicha anticipación pueda extenderse de manera indefinida.

En relación a la segunda opción, consideramos que si el voto ha sido expresado en sentido contrario a la decisión colegiada jurídico penalmente relevante, es un factor que permite la liberación de responsabilidad del individuo, ya que, al igual que en el primer supuesto, se actuaría en el cumplimiento de un rol y, por lo tanto, se trata de una acción neutral, siempre y cuando el voto refleje su verdadera voluntad. Sin embargo, si el individuo ha realizado acciones ocultas para convencer al resto de votar en sentido antijurídico, incluso si su voto es en sentido contrario, no podrá estar exento de responsabilidad penal debido a la forma como ha operado, ingresando al plano analítico de la autoría y participación, conforme a los alcances de los artículos 23, 24 y 25 de nuestro Código Penal.

Por último, respecto al tercer supuesto, hay un sector de la doctrina que sostiene que, en algunos casos, es necesario que se realicen acciones adicionales que tengan por finalidad impedir o mitigar daños, especialmente en delitos pluriofensivos que afectan a un amplio grupo de personas, como aquellos relacionados con la Administración pública, la salud, el medio ambiente y otros de naturaleza similar. En estos casos, se argumenta que los individuos

deben realizar esfuerzos razonables y necesarios para evitar resultados perjudiciales a fin de liberarse de responsabilidad penal, al haber actuado de forma diligente frente a la decisión antijurídica.

En línea con lo anterior, Silva Sánchez (2013) explica que “el voto en contra puede no ser suficiente. Se plantea, pues, si existe un deber de impugnación (deber de ejercicio de facultades legales y estatutarias) o incluso extenderse más allá. A nuestro juicio, existe un deber de uso de los derechos legales y estatutarios”. (pp. 125-126).

Finalmente, las abstenciones requieren de un tratamiento distinto, ya que en estos casos el aspecto subjetivo es crucial, pues podrían ser utilizadas de manera malintencionada para convalidar un acto jurídico penalmente relevante, es decir, con una intención oculta. De ser este el caso, también se deberá atribuir responsabilidad penal, aunque sea un hecho de difícil probanza.

IV. Conclusión

Como se ha podido apreciar a lo largo de este breve trabajo, son diversos los escenarios, principios o instituciones que deben ser analizados al interior de las estructuras societarias complejas para fines de imputación penal. Si bien es cierto se requiere inclusive un análisis más exhaustivo para poder formular imputaciones concretas en aquellos casos más complejos o controvertidos, este trabajo se ha centrado en destacar los aspectos fundamentales que deben ser considerados desde una perspectiva empresarial-penal.

Como se indicó al inicio, el Derecho Penal ha logrado adaptarse al ámbito empresarial, tiene que hacerlo, y debe seguir innovando para enfrentar nuevas estructuras, tecnologías y otros factores que pueden acomodarse en las “zonas grises” o espacios legales donde se generan vacíos normativos que podrían llevar a la impunidad. El Derecho Penal ha reaccionado creando figuras e instituciones que buscan anticiparse y fomentar un desarrollo empresarial organizado mediante mecanismos de control y prevención.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la impunidad no

puede ser permitida, ya que afecta y perjudica el normal desarrollo de la persona humana y el de la propia sociedad. Inclusive, la impunidad o la sola percepción de impunidad y ausencia de justicia afecta la dignidad humana en su más amplia expresión, pues la igualdad ante la Ley es un Derecho Constitucional. He ahí la importancia del Derecho Penal y el ius puniendi del Estado.

Bibliografía

Doctrina

García Caveró, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Editora Jurídica Grijley.

García Caveró, P. (2019). *Intervención Delictiva en Estructuras Empresariales*. Ideas Solución Empresarial.

García Caveró, P. (2022). *Derecho Penal Económico Parte General*. Pacífico Editores.

Gracia Martín, L. (2021). *El Actuar en Lugar de Otro en Derecho Penal, Teoría General y Dogmática*. Editorial B de F.

Maraver Gómez, M. (2009). *El Principio de Confianza en el Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Civitas.

Rafecas, D. (2021). *Derecho Penal sobre Bases Constitucionales*. Ediciones Didot.

Ragués I Valles, R. (2005). *Atribución de Responsabilidad Penal en Estructuras Empresariales. Problemas de Imputación Subjetiva. Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ara Editores.

Silva Sánchez, J. (2013). *Bases de la responsabilidad penal de los Administradores de Sociedades Mercantiles. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Editorial B de F.

Silva Sánchez, J.; Ortiz De Urbina Gimeno, Í. (2022). Introducción al Derecho Penal Económico – Empresarial. *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte General y Especial. Atelier.

Yacobucci, G. J. (2020). Modelos de Atribución de Responsabilidad Penal en la Empresa. *Derecho Penal Empresario*. Editorial B de F.

Jurisprudencia

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2023, 9 de mayo). Sentencia de Casación N.° 258-2022/La Libertad.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2015, 12 de agosto). Sentencia de Casación N.° 724-2014/Cañete.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2018, 19 de junio). Sentencia de Casación N.° 455-2017/Pasco.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2022, 25 de febrero). Sentencia de Casación N.° 1113-2019/Ica.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2023, 11 de julio). Recurso de Nulidad N.° 1175-2022/Lima.

Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017, 11 de julio). Sentencia de Casación N.° 102-2016/Lima.

Facultad de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción para solicitar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú la medida de congelamiento administrativo de fondos

Denis Gabriel Romani Seminario¹

Sumilla

Este artículo analiza el papel de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción en la recuperación de activos ilícitos en el Perú. Se destaca la importancia del congelamiento administrativo de fondos como herramienta preventiva contra el lavado de activos, discutiendo su regulación, aplicación y la necesidad de mejorar la coordinación interinstitucional para maximizar su efectividad. Asimismo, se proponen modificaciones normativas para superar las barreras procesales y fortalecer la lucha contra la corrupción.

Palabras clave

Congelamiento administrativo de fondos, recuperación de activos ilícitos, Unidad de Inteligencia Financiera, coordinación interinstitucional, efectividad procesal

I. Introducción

Una de las responsabilidades de especial relevancia de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (en adelante, la Procuraduría) es lograr la recuperación de activos de procedencia ilícita. Sin un sistema procesal ágil y eficiente, los esfuerzos por rastrear, identificar y recuperar activos ilícitos se vuelven inocuos.

¹ Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura. Abogado de la misma universidad. Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Cumplimiento Normativo por la Universidad Castilla – La Mancha, España. Ex Analista Operativo Penal de la Superintendencia Adjunta de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Correo electrónico: dromanis@unp.edu.pe, dromani@pucp.pe.

La lentitud de los procesos judiciales y la falta de celeridad en la resolución de los casos permiten que los responsables de actos de corrupción dispongan de tiempo suficiente (y hasta en exceso) para ocultar o transferir dichos activos, especialmente de aquellos que son fácilmente transferibles de forma física o electrónica como el dinero, de tal forma que pueda darse en la realidad una sensación de perpetuidad de la impunidad, aun cuando se logren sentencias condenatorias en favor del Estado. Esto resulta muy importante en los actuales escenarios de percepción de la sociedad de la corrupción (Proética, 2024), en donde recuperar lo indebidamente obtenido se torna necesario.

A esta dificultad que se tiene para “capturar” el dinero ilícito de forma inmediata, sin depender de un procedimiento judicial tradicionalmente complejo la denominaremos “barrera”, ya que esta se impone entre la necesidad de un rápido aseguramiento de activos por parte de la Procuraduría y el conjunto de mecanismos procesales ya existentes.

Es importante que a partir de esta realidad se puedan promover propuestas en el ámbito procesal para mejorar la eficiencia de la Procuraduría en su labor de aseguramiento de los bienes adquiridos ilegalmente, así como de su reincorporación al Estado. Y es que la recuperación de activos ilícitos no solo representa un acto de justicia, sino también una forma real y esencial de reparación del daño causado al tesoro público.

Se plantea, entonces, una propuesta de eliminación de esa “barrera” que existe para el propio Estado frente a esa necesidad de impedir el desvío o retiro de activos ilícitos obtenidos mediante actos de corrupción, pero, en particular, de aquellos que pueden alejarse usando el sistema financiero o aprovechando productos que por su propia naturaleza son fácilmente transferibles, sin que se vean afectadas, de forma alguna, las competencias constitucionales del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Así, tenemos que de enero a junio de 2024, la Procuraduría solicitó un total de 770 medidas cautelares a nivel nacional por un monto equivalente a S/ 136,179,071.29 (Ciento treinta y seis millones ciento setenta y nueve mil setenta y uno con 29/100 soles), mientras que, por cobros de reparación civil, informó un monto cobrado de

S/ 6, 295,299.48 (Seis millones doscientos noventa y cinco mil doscientos noventa y nueve con 48/100 soles) al cierre del segundo trimestre (Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, 2024).

Por supuesto, la cifra expuesta es apenas una fotografía que muestra una expectativa en la labor de recuperar activos y de lograr reparaciones de forma simultánea frente a la criminalidad basada en actos de corrupción. A esta fotografía podemos agregar los resultados que ha obtenido la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF-Perú) en materia de congelamiento administrativo de fondos (en adelante, CAF) por el delito de lavado de activos, cuyo delito precedente ha sido identificado como “contra la Administración pública”².

Podemos observar que, en los últimos 10 años, la UIF-Perú ha ejecutado un total de 126 medidas de CAF que reflejan un valor superior a los USD 84,000,000 (ochenta y cuatro millones de dólares americanos), de los cuales casi el 40% de los casos corresponden a los mencionados delitos contra la Administración pública con un valor que se aproxima a los USD 37,000,000 (treinta y siete millones de dólares) según la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2024).

Por supuesto, no es posible hacer comparaciones técnicamente sustentables entre los resultados que cada institución ha obtenido en materia de afectación de activos, pues los ámbitos de competencia son diferentes (delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos, respectivamente), así como lo son sus finalidades³, sus

2 Las Estadísticas Operativas de la UIF-Perú no detallan cuáles son los delitos incluidos dentro del universo de delitos “contra la Administración pública”; no obstante, podemos considerar que dentro de este universo se encuentran delitos de corrupción de funcionarios, ya que entre los años 2015 a 2019, el subsistema de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios solicitó 11 de estas medidas administrativas con un valor que se aproxima a los USD 15,000,000 (quince millones de dólares americanos).

3 En el caso de la UIF-Perú, la medida de CAF busca evitar el desvío o retiro de fondos que pueden estar vinculados a un caso de lavado de activos a fin de que pueda aplicarse, de forma preferente, una incautación, en tanto que una procuraduría suele promover medidas de embargo con fines de resarcimiento.

momentos de ejecución⁴, entre otros aspectos y variables.

Entonces, ¿qué de relevante puede contribuir la realidad de la UIF-Perú con la labor de la Procuraduría en materia de resarcimiento y de recuperación de activos ilícitos de forma simultánea? La respuesta dependerá mucho de los mecanismos de coordinación interinstitucional que puedan surgir sin alejarse de los mandatos normativos en materia de CAF y las competencias institucionales establecidas por la Constitución para cada actor en el sistema de justicia penal. Sin duda, una reforma normativa puede contribuir mucho en facilitar este trabajo y, con el procedimiento adecuado, lograr resultados muy positivos en este ámbito.

II. La medida de CAF en la legislación y jurisprudencia peruana

Es necesario, sin embargo, hacer una breve precisión de lo que es una medida de CAF ordenada y ejecutada por la UIF-Perú, a fin de poder comprender su eventual impacto en el sistema de lucha anticorrupción y los beneficios que puede traer a la labor de la Procuraduría.

La regulación legal y reglamentaria del CAF⁵ se ha visto acompañada del respaldo de la Casación N.º 033-2018/NACIONAL (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, 2018), la cual fue consecuencia de la aplicación de esta medida limitativa en el caso de Manuel Hernán Costa Alva - ONP⁶. Esta decisión brindó a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República la oportunidad de establecer criterios para la aplicación de esta medida administrativa en concordancia con el Reglamento de la Ley de Creación de la UIF-Perú, aprobada mediante el Decreto Supremo N.º 020-2017-JUS.

4 La medida de CAF puede aplicarse en cualquier momento de la investigación fiscal, incluso anterior a ella (preliminar o preparatoria), en tanto que las medidas de embargo suelen ser solicitadas, sustentadas y ejecutadas a partir de la investigación preparatoria.

5 El CAF se encuentra regulado en el artículo 3, numeral 11 de la Ley N.º 27693, Ley de Creación de la UIF-Perú, y en los artículos 8, 9 y 10 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 020-2017-JUS.

6 Expediente Judicial N.º 00025-2017-1-52001-JR-PE-01.

A pesar de que la aplicación de esta medida administrativa solo puede justificarse en el marco de investigaciones por lavado de activos, nuestra realidad nacional no ha sido ajena a la coyuntura política y, por supuesto, con posibles delitos de corrupción como delito fuente. Así, tenemos el caso del expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique⁷ y de su cónyuge Eliane Chantal Karp Fernerbug de Toledo⁸; el caso del ciudadano de nacionalidad brasileña Jorge Enrique Simoes Barata⁹, el expresidente Pedro Pablo Kuczynski Godard¹⁰; entre otros (Romani, 2021, p. 39).

III. Procedimiento: del ámbito administrativo al control judicial ex post

Sobre la base de su actual regulación, la medida de CAF requiere de los siguientes presupuestos legales:

- Un caso en investigación de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo.
- Urgencia de las circunstancias o peligro en la demora.
- Necesidad de aplicar la medida por la dimensión o la naturaleza de la investigación.

-
- 7 Expediente Judicial N.° 00016-2017-17-5001-JP-PE-01. Para mejor ilustración la resolución judicial está disponible en: https://92077a40-23fd-4c03-9c4f-f50e31b8c619.filesusr.com/ugd/4eb535_97a736c819754e4e8f0c5c3eba5450a9.pdf
- 8 Por la naturaleza reservada del caso solo ha sido posible conocer esta medida a través de algunos medios de comunicación. Mayor detalle en el siguiente link: <https://diariocorreio.pe/politica/caso-ecoteva-eliane-karp-reitera-oposicion-al-congelamiento-de-su-fondo-de-pension-afp-746640/>
- 9 Por la naturaleza reservada del caso solo ha sido posible tomar conocimiento de esta medida a través de la nota de prensa del Ministerio Público mediante el siguiente link: <https://diariocorreio.pe/politica/juez-rechaza-pedido-de-jorge-barata-para-descongelar-sus-fondos-de-afp-757639/>
- 10 Expediente Judicial N.° 019-2018-3-5001-JP-PE-01. La resolución judicial de segunda instancia que confirma la convalidación de la medida de congelamiento dispuesta por la UIF-Perú está disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9035c90047c8d2f3b18eb31612471008/Exp.+N%C2%B0+19-2018-6+-+CAF+-+Dra.+CASTA%C3%91EDA+OTSU-watermark.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9035c90047c8d2f3b18eb31612471008>

El procedimiento supone que, luego de la verificación de estos presupuestos, se solicite al juez penal la convalidación de lo dispuesto y ejecutado por la UIF-Perú, toda vez que entra en juego la intervención del derecho de propiedad de la persona.

Es importante mencionar que la medida de CAF puede ser aplicada de oficio por la UIF-Perú, como consecuencia del análisis de una investigación administrativa bajo su competencia, o cuando el Ministerio Público advierte la necesidad de aplicarse en la etapa preliminar o preparatoria¹¹. En este procedimiento, la persona (natural o jurídica), cuyos fondos se afectan administrativamente, no toma conocimiento de la acción de la UIF-Perú o de la solicitud de Ministerio Público, lo que resalta su carácter excepcional y también “especial” (Cueva Morales, 2023, p. 55) para evitar que dichas personas puedan poner fuera del alcance del Estado posibles activos maculados.

A nivel de Jurisprudencia, como se ha señalado, la Corte Suprema de la República ha validado esta medida administrativa partiendo del reconocimiento de la UIF-Perú desde su posición privilegiada en el sistema de prevención antilavado. Esto por cuando el análisis de urgencia o peligro en la demora, propio de toda medida cautelar, se centra en el riesgo de pérdida o desvío de fondos en el sistema financiero y depende de la información que en tiempo real puede obtenerse a través de los sujetos obligados (bancos, aseguradoras, AFP, financieras, cajas municipales, entre otras).

Esto explica que el único legitimado a solicitar la medida de CAF sea el Ministerio Público, toda vez que dichos fondos deben estar vinculados al caso de lavado de activos, lo cual supone un estándar mínimo de ilicitud (sospecha plausible) conforme a lo señalado por

11 Según expreso reconocimiento del artículo 9 del Reglamento de la Ley de Creación de la UIF-Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 020-2017-JUS:

Artículo 9.- supuestos de procedencia

El congelamiento administrativo nacional de fondos u otros activos, dado su carácter preventivo, puede ser dispuesto por la UIF-Perú, cuando se configuren de manera concurrente los presupuestos establecidos en el inciso 11 del artículo 3 de la Ley. El término investigación a que se refiere el citado inciso comprende una **investigación en trámite en la UIF-Perú y/o una investigación preliminar o preparatoria a nivel fiscal** en trámite por LA/FT. (el subrayado es propio).

la Corte Suprema. Esto significa que el objetivo primordial del CAF es asegurar que fondos ilícitos puedan tener como consecuencia la incautación aun cuando esto suponga impedir la disposición de fondos lícitos.

IV. Posibilidad de asegurar fondos u otros activos congelados para medidas de embargo

Es aquí donde la labor de la Procuraduría cobra relevancia. La medida de CAF, al momento de su ejecución, impide el desvío o retiro de cualquier fondo en el sistema financiero (incluso bursátil), hasta que un juez disponga el cese de dicha medida. Esto implica que los fondos cuya licitud son fácilmente comprobadas (por ejemplo: remuneraciones, beneficios sociales, préstamos bancarios u otros), podrán ser liberados ya que no procedería la medida de incautación, salvo se haya producido una mezcla de fondos ilícitos con los que no lo son.

Es decir, de existir fondos u otros activos que no podrán ser incautados por no ser ilícitos, sí podrían ser embargados a fin de asegurar una eventual reparación civil, lo cual exige que la Procuraduría, en casos debidamente justificados, podría promover medidas limitativas tradicionales frente a esos fondos lícitos en caso de determinarse la responsabilidad penal correspondiente.

Sin embargo, esto supone prever que la Procuraduría no solo tenga conocimiento de la información generada como consecuencia de una medida de CAF en la que solo interviene la UIF-Perú, el Ministerio Público y la parte afectada, sino que además pueda participar en el procedimiento de convalidación que no ha sido previsto por la norma. En ese sentido, ¿en qué circunstancias la Procuraduría podría intervenir solicitando el embargo de fondos lícitos?

Para responder esta pregunta podemos considerar dos momentos: el nivel de avance de la investigación fiscal (preliminar o preparatoria), en donde el Ministerio Público solicitó la medida de CAF, y un segundo momento, en un caso de corrupción identificado por la Procuraduría antes del inicio de la investigación preliminar.

1. Respetto al nivel de avance de la investigación fiscal

Este escenario debe considerar lo que el Ministerio Público ha logrado reunir en el transcurso de la investigación, pues si en etapa preliminar queda absolutamente claro que los fondos congelados son lícitos y el estándar probatorio de la existencia del delito y del fondo o activo maculado es claro, el camino para la Procuraduría es libre. Por el contrario, si del avance de la investigación no es posible determinar qué es lícito y qué no lo es, entonces la Procuraduría debe esperar un mejor escenario probatorio.

No nos encontramos, entonces, en una situación de un posible delito en flagrancia o cometido de forma reciente, ya que en ese caso se justificaría una actuación más directa por parte del Ministerio Público.

2. Respetto al caso identificado por la Procuraduría

Por su parte, cuando la Procuraduría toma conocimiento de un caso en el que están comprometidos los fondos públicos o el uso de dinero para actos de corrupción es posible que, bajo el principio de cooperación interinstitucional y las reglas sobre el intercambio de información aplicables en estas dos instituciones, la UIF-Perú pueda analizar un posible delito “contra la Administración pública” como delito precedente del lavado de activos, y evitar o prevenir la comisión de este delito subyacente mediante el congelamiento de los fondos vinculados.

Esto puede justificarse en la medida que la CAF tiene una naturaleza preventiva según el propio reconocimiento de la Corte Suprema de República en la Casación N.º 033-2018/NACIONAL respecto del delito de lavado de activos¹², mas no necesariamente con el delito precedente.

12 SETIMO: Que es de rigor puntualizar lo siguiente:

(...)

3. Requiere para su imposición no solo de urgencia o peligro en la demora y que esté sujeta a las necesidades de la investigación, sino un fundamento o respaldo necesario, **sin que a ello obste su carácter preventivo –prevenir o precaverse de riesgos que conspiran contra el éxito de las averiguaciones y el aseguramiento de los bienes presuntamente delictivos–**. (el subrayado es propio).

Sin embargo, sería un total fracaso del sistema de prevención antilavado si, existiendo la posibilidad de que la UIF-Perú, con información de la Procuraduría, pueda detectar en tiempo real -y con el apoyo de los sujetos obligados del sistema financiero y económico en general- el ingreso de fondos o activos ilícitos en la economía nacional, no se impidieran los actos posteriores (colocación, ensombrecimiento y/o reintegración). Entonces, carecería de sentido la propia existencia de este mecanismo de recuperación de activos.

V. Aplicación práctica de la medida de CAF y tipologías de lavado de activos con delitos precedentes de corrupción de funcionarios

Podemos plantear como ejemplo hipotético un caso de corrupción de un funcionario público que ha recibido sobornos para cumplir (o dejar de cumplir con su función), los cuales incluyen otorgamiento de fondos para la ejecución de una obra pública.

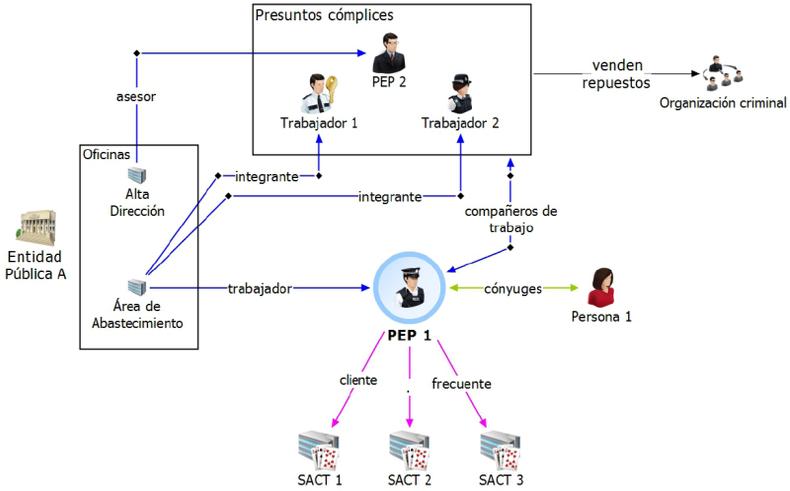
Si la Procuraduría tiene información reciente que puede ser contrastada o verificada en el sistema financiero (retiro de dinero de la cuenta de ahorros del particular o el ingreso de dinero, con fecha y lugar, en una cuenta de dominio del funcionario público), puede solicitar a la UIF-Perú que, en cumplimiento de sus competencias, inicie una investigación administrativa de lavado de activos y, de cumplirse con los requisitos legales, aplicar la medida de CAF para evitar la pérdida o desvío de fondos que serán utilizados para iniciar con cualquiera de las etapas del delito que le corresponde investigar.

Este caso, aunque hipotético, es totalmente compatible con las tipologías nacionales de lavado de activos elaboradas por la UIF-Perú, en las que es posible identificar posibles delitos de corrupción de funcionarios o en los que intervienen actores públicos, tal como veremos en tres casos a continuación¹³:

13 Estas y otras tipologías están disponibles en el siguiente enlace: <https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Tipologias-de-LA-FT/Tipologias-Nacionales>

Gráfico N.° 01

Tipología regional de lavado de activos: adquisición de activos por funcionarios públicos, con presuntos ingresos provenientes de premios de casinos y tragamonedas

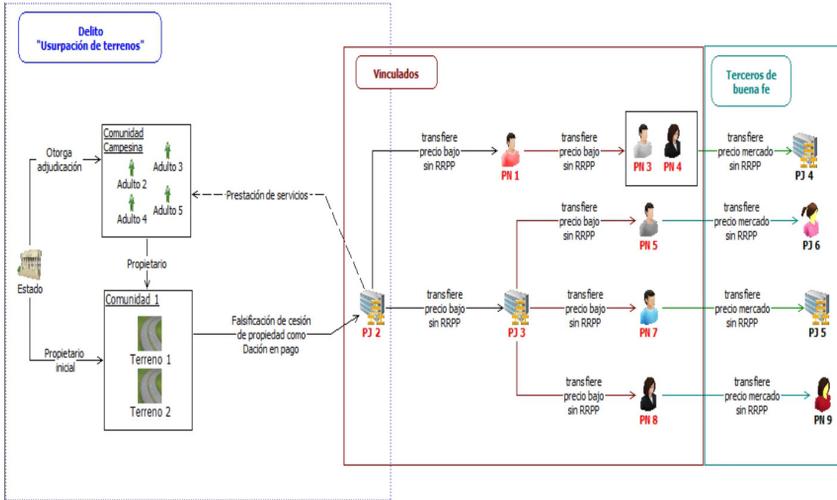


Fuente: Tomado de *Tipologías Nacionales. Tipología Nacional LA/FT: Uso del sistema financiero para canalizar fondos hacia personas u organizaciones vinculadas al terrorismo*, por Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (<https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Tipologias-de-LA-FT/Tipologias-Nacionales>)

En el Gráfico N.° 1 se puede observar que el PEP 1 es un funcionario público a cargo del área de abastecimientos de una entidad pública que registra un incremento patrimonial no coherente con sus ingresos y alega haber obtenido premios de hasta USD 244,000 en Salas de Casino y Tragamonedas (en adelante, SACT) 1, SACT 2 y SACT 3.

En el caso del PEP 2, se trata de otro funcionario público que con apoyo de otros trabajadores públicos se apropiaron y vendieron de forma ilegal partes de la maquinaria a una organización criminal.

Gráfico N.º 02
Tipología regional de lavado de activos: Sucesivas ventas subvaluadas de terrenos usurpados, para finalmente ser enajenados a terceros de buena fe

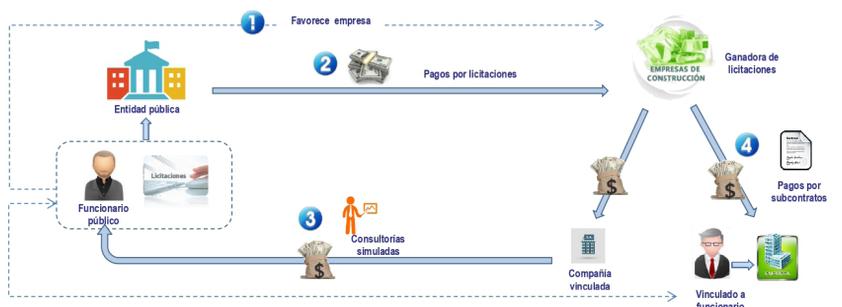


Fuente: Tomado de *Tipologías Nacionales. Tipología Nacional LA/FT: Uso del sistema financiero para canalizar fondos hacia personas u organizaciones vinculadas al terrorismo*, por Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (<https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Tipologias-de-LA-FT/Tipologias-Nacionales>)

En el Gráfico N.º 2 se puede observar como mediante una tipología de lavado de activos, una persona jurídica (PJ 2) se hace propietaria de los terrenos de la Comunidad Campesina (Comunidad 1), usando documentos falsos o recibiendo "ayuda" (posible acto de corrupción) por parte de un Juez de Paz.

Gráfico N.º 03

Tipología regional de lavado de activos: lavado de dinero vinculado a la corrupción en licitaciones públicas



Fuente: Tomado de Tipologías Nacionales. *Tipología Nacional LA/FT: Uso del sistema financiero para canalizar fondos hacia personas u organizaciones vinculadas al terrorismo*, por Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (<https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Tipologias-de-LA-FT/Tipologias-Nacionales>)

En el Gráfico N.º 3 se puede observar que un funcionario público favorece en una licitación pública a una empresa, la cual, luego de la buena pro y durante la ejecución del contrato realiza prestaciones adicionales no estipuladas en el mismo, incrementando el presupuesto mediante la suscripción de adendas al contrato inicial. Simultáneamente, el funcionario público simula consultorías a otras empresas vinculadas a la empresa ganadora para recibir de forma indirecta el dinero del Estado.

VI. Planteamiento de la propuesta

Lo que se sugiere, entonces, es que la medida de CAF evolucione y haga frente a una realidad ineludible. Los casos de corrupción y su vinculación con el lavado de activos son tangibles, casi inevitables. La Procuraduría puede solicitar a la UIF-Perú, en estricto cumplimiento de sus funciones, la evaluación y aplicación de una medida de CAF para evitar que fondos u otros activos provenientes de un delito de corrupción se inyecten en el sistema económico y den paso al delito de lavado de activos.

Tenemos, de esta manera, una competencia institucional de la UIF-Perú que puede ser utilizada en favor de los fines institucionales de la Procuraduría y, al mismo tiempo, evitar que se produzca el lavado de activos:

El CAF como medida preventiva puede impedir el delito de lavado de activos, evitando el ingreso de fondos u otros activos ilícitos en el sistema económico.

La Procuraduría contribuye en la investigación fiscal promoviendo la afectación de fondos ilícitos, activando mecanismos de recuperación de activos y, a la vez, asegurando fondos lícitos mediante el mecanismo del embargo u otro tipo de medidas similares.

Sin embargo, debemos recordar que la medida de CAF que aplica la UIF-Perú tendrá como destinatario natural a una fiscalía del subsistema de lavado de activos y no necesariamente del subsistema de delitos de corrupción de funcionarios. Eso implica que será necesario establecer lineamientos claros de interacción entre despachos fiscales como de procuradurías.

Es decir, ya que el destinatario natural de la información generada por el CAF serán las fiscalías de lavado de activos, estas notifican a la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos para que se apersona en la investigación a fin de que pueda ejercer sus pretensiones.

Esto implica que en los casos en que un CAF se inicia con interés e información de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, el fiscal del caso deberá incluirla también en tanto existan investigaciones paralelas con otros despachos fiscales por el delito precedente.

Por supuesto, este mecanismo de interacción entre procuradurías, fiscalías y la UIF-Perú puede ser más sólido si se realizan modificaciones a los artículos 9 y 10.2 del Reglamento de la Ley de Creación de la UIF-Perú, aprobada mediante el Decreto Supremo N.º 020-2017-JUS, en el siguiente sentido:

Redacción actual

10.4 La resolución judicial que dispone la convalidación de la medida de congelamiento administrativo nacional debe permitir al Ministerio Público solicitar o ejercer las medidas convencionales establecidas en la legislación penal vigente para asegurar los fondos o activos materia de congelamiento administrativo y evitar que sean puestos fuera del alcance de la justicia.

Propuesta de modificación

10.4 La resolución judicial que dispone la convalidación de la medida de congelamiento administrativo nacional debe permitir al Ministerio Público **y en su caso de las Procuradurías Públicas competentes,** solicitar o ejercer las medidas convencionales establecidas en la legislación penal vigente para asegurar los fondos o activos materia de congelamiento administrativo y evitar que sean puestos fuera del alcance de la justicia.

Si el delito precedente es de competencia de la **Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción,** el Ministerio Público también informará a dicho subsistema los fondos u otros activos que no serán materia de su interés.

Redacción actual

Artículo 9.- supuestos de procedencia

El congelamiento administrativo nacional de fondos u otros activos, dado su carácter preventivo, puede ser dispuesto por la UIF-Perú, cuando se configuren de manera concurrente los presupuestos establecidos en el inciso 11 del artículo 3 de la Ley. El término investigación a que se refiere el citado inciso comprende una investigación en trámite en la UIF-Perú y/o una investigación preliminar o preparatoria a nivel fiscal en trámite por LA/FT.

Propuesta de modificación

Artículo 9.- supuestos de procedencia

El congelamiento administrativo nacional de fondos u otros activos, dado su carácter preventivo, puede ser dispuesto por la UIF-Perú, cuando se configuren de manera concurrente los presupuestos establecidos en el inciso 11 del artículo 3 de la Ley. El término investigación a que se refiere el citado inciso comprende una investigación en trámite en la UIF-Perú y/o una investigación preliminar o preparatoria a nivel fiscal en trámite por LA/FT.

Los requerimientos de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción serán evaluados en el ámbito de las investigaciones en trámite en la UIF-Perú

VII. Conclusiones

Es posible que la medida de CAF pueda ser solicitada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción y que la UIF-Perú inicie una investigación administrativa sobre un posible caso de lavado de activos, debido al riesgo que supone para el sistema de prevención antilavado permitir el flujo del dinero ilícito en la economía.

Bajo esta justificación, la medida de CAF funciona como una herramienta absolutamente preventiva del lavado de activos, ya que impide su comisión o paraliza el flujo que puede haberse iniciado en cualquiera de sus etapas: colocación, ensombrecimiento y/o reintegración.

La Procuraduría puede promover ante el Ministerio Público medidas de incautación y, directamente, medidas de embargo para el aseguramiento de reparaciones civiles con fondos o activos que se encuentran en el sistema financiero.

Bibliografía

Doctrina

Cueva Morales, C. (2023). *La resolución judicial que convalida el Congelamiento Administrativo de Fondos: posibilidad y legitimidad de presentar impugnación ante su otorgamiento o denegatoria* [Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de la PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/25235/CUEVA_MORALES_CARLOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción. (2024). *Informe estadístico: II trimestre 2024*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://procuraduriaanticorruptcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2024/08/1-Informe-estad%C3%ADstico-II-trim-2024.pdf>

Proética (2024, enero 24). Índice de Percepción de la Corrupción 2023: Perú registra su peor caída en el instrumento de medición global de Transparencia Internacional desde 2012. <https://www.proetica.org.pe/noticias/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2023-peru-registra-su-peor-caida-en-el-instrumento-de-medicion-global-de-transparencia-internacional-desde-2012/>

Romani Seminario, D. G. (2021). *Fundamentos constitucionales del congelamiento administrativo de fondos aplicado por la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú en casos de lavado de activos* [Tesis de Maestría en Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de la PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20998/ROMANI_SEMINARIO_DENIS_GABRIEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2024). Boletín estadístico: Julio 2024. <https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/ESTADISTICAS-OPERATIVAS/2024/Bolet%C3%ADn%20estad%C3%ADstico%20jul%202024.pdf>

Jurisprudencia

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2018, 28 de mayo). Sentencia de Casación N.º 33-2018/Nacional.

La prueba de referencia en el ordenamiento procesal penal peruano – en particular: sobre el testigo de referencia

Giuseppe M. Marzullo Carranza¹

A mi madre, Alicia. Por todo, por tanto (In memoriam).

Sumilla

El presente trabajo pretende contribuir a la discusión sobre un tema poco tratado por la doctrina y jurisprudencia nacional que, sin embargo, se aprecia cada vez con más frecuencia en la práctica forense de nuestro país, me refiero a la prueba de referencia y, en particular, el testimonio de referencia.

Consideramos importante que exista una clara delimitación de los supuestos en los cuales este medio de prueba puede ser admitido, sobre todo, teniendo en consideración: i) su baja capacidad para el esclarecimiento de los hechos y, ii) los riesgos que su admisión y uso indiscriminado puede entrañar para el principio/derecho de contradicción o confrontación.

Palabras claves

Juicio oral, prueba, prueba de referencia, testigos de referencia, epistémico, derecho de confrontación/contradicción, valoración

I. Introducción

Se entiende por testigo de referencia a aquella persona que no

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Máster en Derecho Penal con Especialización en Litigación Oral por la California Western School Of Law (San Diego – California). En el aspecto académico, se desempeña como profesor asociado en la Academia de la Magistratura (AMAG) y en las Escuelas de Postgrado de la Universidad del Pacífico y de la Universidad Continental. Además, ha sido profesor adjunto de pregrado en la Facultad de Derecho de la PUCP, profesor de pregrado en la Universidad Científica del Sur y capacitador en materia de Litigación Oral para la American Bar Association. Asimismo, ha sido Coordinador de Capacitaciones de la American Bar Association (Rule of Law Initiative) en Perú en materia de derecho penal, procesal penal y litigación oral.

percibió de manera directa los hechos objeto de prueba, pero tiene conocimiento de estos porque otra persona se los narró¹.

El Código Procesal Peruano regula la figura del testigo de referencia como medio de prueba y establece en qué condiciones se puede admitir y valorar su declaración, debiendo resaltar que sólo puede servir para dictar sentencia condenatoria cuando esté acompañada de prueba adicional que la corrobore.

Sin embargo, el testimonio de referencia presenta dos importantes problemas: el primero, referido a su baja capacidad para coadyuvar al descubrimiento de la verdad y la determinación de los hechos probados (limitaciones epistémicas) y, el segundo, relacionado a la vulneración o, al menos, las serias limitaciones que sufre el derecho de contradicción (confrontación) cuando se admite un testimonio de referencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente artículo desarrollaremos, en primer lugar, los supuestos en los que puede ser admitido el testimonio de referencia en nuestro ordenamiento; en segundo lugar, nos referiremos al concepto de testimonio de referencia y, en tercer lugar, propondremos las condiciones bajo las cuales puede ser admitida la declaración de un testigo de referencia sin que ello implique la afectación del derecho de contradicción o, al menos, dicha limitación respete su contenido esencial.

II. El testigo de referencia en el Código Procesal Penal peruano

Como señala Fernando Árias (2023):

[L]a fase del juicio oral en el proceso penal tiene como fin primordial permitir a las partes discutir, de manera reglada, si la hipótesis fáctica planteada por el ente acusador se debe tener

1 Se debe precisar que, si la persona que le narra los hechos al testigo de referencia los percibió de manera directa, estaremos ante un testigo directo, pero si este último conoce de los hechos porque, a su vez, otra persona se los narró, estaremos ante un testigo de referencia de segundo grado.

por cierta, de forma tal que el tribunal juzgador determine, si efectivamente con las pruebas llevadas a su conocimiento se acreditan los hechos acusados. Es precisamente la prueba, el medio por el cual se pretende reconstruir el hecho propuesto por la parte acusadora o desvirtuar tal hipótesis, por parte de la defensa.

Así pues, con base en la actuación probatoria, al finalizar el juicio oral, el juzgador debe estar en condiciones de determinar si los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria se corresponden con la realidad en un nivel acreditativo que satisfaga el estándar probatorio requerido para emitir una sentencia condenatoria en sede penal, es decir, bajo el estándar de “más allá de toda duda razonable”.

Entre los principales medios de prueba que pueden actuarse tenemos, además de la prueba documental, material y pericial, la prueba testimonial, la cual consiste en la declaración, bajo juramento, de una persona durante el juicio oral sobre aquello que conoce respecto a los hechos objeto de prueba².

Sin embargo, dicho conocimiento puede haber sido adquirido porque el testigo percibió o presenció tales hechos de manera directa o, más bien, porque le fueron narrados por una tercera persona. Así, mientras en el primer caso estaremos ante un testigo directo, en el segundo estaremos ante un testigo de referencia, también conocido como testigo de oídas.

En este punto, es importante diferenciar al “testigo de referencia” del

2 La definición de qué hechos son objeto de prueba la encontramos en el artículo 156 del Código Procesal Penal.

Artículo 156: Objeto de prueba.-

1. Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.
2. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.
3. Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta.

“testigo indirecto”, ya que no son poco frecuentes los casos en los que, incorrectamente, se equiparan ambas clases de testigos. Así, el testigo indirecto es aquel cuyo conocimiento no guarda relación con el hecho principal a probar, sino con un hecho distinto, secundario o periférico, que puede servir como hecho base (indicio) a partir del cual se puede llegar al hecho principal aplicando las reglas de la prueba indiciaria³.

De esta manera, puede existir un testigo de referencia tanto de un testigo directo como de uno indirecto, dependiendo de que aquello que se le narre al testigo de referencia verse sobre el hecho principal (en el caso del testigo directo), o de un aspecto secundario o periférico (en el caso del testigo indirecto). Realizada esta aclaración, volvamos al concepto de “testigo de referencia”.

De acuerdo con Davis Echandía (1987), el testigo de oídas es aquel que declara basado en lo que escuchó decir de otra u otras personas. De esta manera, mientras que los testigos presenciales declaran con base a su conocimiento personal y directo, los tradicionalmente conocidos como testigos de referencia declaran con base a la información de “segunda mano” que conocen por parte de otros (Almeida, 2022).

En nuestra legislación procesal penal, el artículo 166.1) del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) señala, respecto al testigo directo, que “[su] declaración versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba”. Ello quiere decir que el testigo, durante su declaración, debe narrar aquello que percibió de manera directa

3 La distinción entre testigo directo e indirecto es la misma que se puede hacer respecto a la prueba directa y la prueba indirecta o indiciaria. Sobre el particular, el Prof. Miranda Estrampes (2012) señala que “se puede diferenciar la prueba directa de la indiciaria según la relación que se establezca entre el *hecho a probar* y el *objeto de la prueba* (o mejor dicho, entre los hechos que son afirmados en las dos enunciaciones). Así, existirá prueba directa cuando los dos enunciados tienen como objeto el mismo hecho, o sea, cuando la prueba versa sobre el hecho *principal* que se pretende probar (por ejemplo, que Ticio fue el autor de los disparos que causaron la muerte de Cayo). Existirá prueba indirecta cuando el objeto de la prueba está constituido por un hecho diferente (que llamaré *secundario, periférico o concomitante*) del que debe ser probado en cuanto jurídicamente relevante para los fines de la aplicación de la norma penal (por ejemplo, cuando el testigo Sempronio en su declaración afirma que vio a Ticio comprar el arma con la que después se ocasionó la muerte de Cayo)”. (p. 37).

a través de sus sentidos, esto es, sobre aquello que haya visto, oído, sentido, degustado u olido y que guarde relación con los hechos objeto de prueba del proceso.

Del contenido de la declaración del testigo directo, podemos inferir que para tener tal condición, el declarante debe poseer lo que la doctrina del common law entiende como “conocimiento personal” de los hechos, lo cual tiene una estrecha relación con el concepto de pertinencia.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento procesal penal, no sólo se admite la declaración del testigo directo, sino también la del testigo de referencia o de oídas. Así pues, el artículo 166.2) del CPP contempla la declaración del testigo de referencia al señalar que “**si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, se debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo**” (el subrayado es propio); continúa el referido artículo señalando que “[s]e instará, aún de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento”, y finaliza el mencionado inciso disponiendo que “[s]i dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio, **no podrá ser utilizado**” (el subrayado es propio). Es decir, en este último caso, se deberá excluir la declaración del testigo de referencia y, en consecuencia, no podrá ser utilizada al momento de la determinación de los hechos probados o valoración de la prueba.

De la lectura sistemática de los incisos 1) y 2) del artículo 166 del CPP, se desprende que nuestra normativa privilegia la declaración del testigo directo o fuente respecto a la del testigo de referencia, puesto que, conforme se desprende del inciso 2), la declaración de este último tiene como propósito principal identificar a las personas o medios por los cuales conoce de los hechos objeto del proceso, con lo cual, resulta claro que la norma busca llegar a la fuente de la cual proviene tal conocimiento, con la finalidad de que este (testigo fuente) comparezca y declare en el juicio oral.

Como se puede apreciar, el artículo 166.2) del CPP es susceptible de dos interpretaciones: la primera, según la cual, si el testigo de referencia identifica al testigo fuente y éste comparece en el juicio oral, entonces se debe prescindir de la declaración del primero y, la

segunda, según la cual, la declaración del testigo de referencia puede ser admitida siempre y cuando identifique al testigo fuente y explique las circunstancias en las que tomó conocimiento de los hechos objeto de prueba.

Considero que la segunda interpretación es la correcta, ya que la referida norma sólo supedita la admisión de la declaración del testigo de referencia a que éste identifique a la persona fuente de su conocimiento (testigo fuente) y explique las circunstancias en las que le transmitió lo que conoce respecto a los hechos objeto de prueba, más no a que el testigo fuente esté o no disponible para declarar en juicio. Con lo cual, es perfectamente factible que se admita la declaración del testigo directo y la del testigo de referencia; sin embargo, ello será posible únicamente cuando se verifique alguno de los supuestos de excepción que se desarrollarán en el punto 1 del numeral V del presente trabajo.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 158.2) del CPP, la declaración del testigo de referencia, por sí sola, no satisface el estándar acreditativo exigido para imponer sentencia condenatoria (“más allá de toda duda razonable”) o imponer mandato de prisión preventiva (sospecha fuerte⁴), pues el referido artículo señala claramente que cualquiera de estas decisiones en contra del imputado requieren de otras pruebas que corroboren la declaración del testigo de referencia, entre las cuales, por cierto, no se puede comprender la declaración del testigo fuente, como se desarrollará más adelante.

III. Sobre los problemas de la declaración del testigo de referencia con relación a su valor epistémico de cara al esclarecimiento de los hechos objeto de prueba y, de otro lado, respecto a las limitaciones del derecho de contradicción o confrontación

Pues bien, pese a que nuestro ordenamiento permite la admisión del testigo de referencia -bajo las condiciones y en los supuestos

4 Sobre el concepto de “sospecha fuerte” véase el desarrollo realizado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 01-2019/CIJ-116.

anotados anteriormente-, no se puede soslayar que dicho medio de prueba presenta dos importantes inconvenientes, el primero, relacionado con su bajo o, en algunos casos, nulo valor epistémico y, el segundo, referido a las limitaciones que una declaración de este tipo supone para el derecho de contradicción o confrontación.

Respecto a lo primero, se debe tener en cuenta que la declaración del testigo de referencia, en principio, carece de utilidad para acreditar los hechos objeto del proceso -por cuanto a dicho testigo no le constan ni los percibió personalmente-. En el mejor de los casos, su declaración únicamente sirve para acreditar que alguien (sea un testigo presencial o no) le contó lo que percibió respecto a tales hechos.

De esta manera, desde el punto de vista epistémico, la declaración del testigo de referencia resulta de poca utilidad para el descubrimiento de la verdad, por la sencilla razón de que dicha declaración no tiene como objeto de referencia el evento o acontecimiento que tuvo lugar en la realidad y que constituye el hecho a probar, sino lo que el testigo de referencia escuchó de alguien que sí percibió tales hechos⁵ (si se trata de un testigo presencial) o, incluso que, a su vez, los escuchó de otra persona (testigo de referencia de segundo grado).

Así pues, debido a su baja utilidad acreditativa es que en el common law

[S]e excluye la prueba de referencia, atendiendo a su falta de confiabilidad, su dudoso y escaso valor probatorio y no por ninguna otra consideración, pues de aceptarse este tipo de declaración, el juzgador podría darle un peso indebido a una declaración que, de ordinario, no tiene las garantías de confiabilidad de las que goza aquella que se produce en el tribunal por una persona a la que sí le constan los hechos del caso personalmente. (Quiñones, 2023),

Ycuyadeclaraciónessometidaapruebaduranteelcontrainterrogatorio.

5 En este punto, y siguiendo al profesor Gonzales Lagier (2005), resulta importante aclarar que entendemos como "hecho(s)" a los eventos o acontecimientos que son objeto de prueba.

Debido a su baja fiabilidad es que el artículo 158.2) del CPP condiciona la eficacia probatoria de la declaración del testigo de referencia y su virtualidad para destruir la presunción de inocencia, a la existencia de otras pruebas que corroboren dicha declaración, ya que, por sí misma no es suficiente para alcanzar los estándares probatorios requeridos para dictar mandato de prisión preventiva (sospecha fuerte) o una sentencia condenatoria (más allá de toda duda razonable).

El segundo problema de la declaración del testigo de referencia tiene que ver con que vulnera o, cuando menos, limita seriamente el derecho de contradicción (confrontación).

Sobre el derecho de confrontación o contradicción, se debe tener presente que no sólo se encuentra reconocido en tratados internacionales sobre derechos humanos⁶, sino que, además, forma parte del derecho de defensa -reconocido en el artículo 139.14) de la Constitución Política del Perú- y es uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento procesal penal⁷.

Por ello, no es exagerado afirmar que el derecho de contradicción operativiza el derecho de defensa y constituye una importante herramienta epistémica, en la medida que le permite al imputado

6 **Convención Americana Sobre Derechos Humanos**
Artículo 8. Garantías judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.”

7 **Código Procesal Penal**
Artículo 356 Principios del juicio.-

1. El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. **Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente** la oralidad, la publicidad, **la intermediación y la contradicción en la actuación probatoria.** Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. (el subrayado es propio).

confrontar, cuestionar e incluso refutar las declaraciones de cargo que se presentan en su contra y la credibilidad de los testigos ofrecidos por el Ministerio Público.

Sobre el particular, Emmanuelli Jiménez, citado por el Profesor Fontanet, sostiene que:

En la actualidad, y a tono con la doctrina prevaleciente, pueden identificarse cuatro finalidades principales, las cuales son propulsadas por el ejercicio del derecho a la confrontación. La primera, la más evidente y clásica, es la de carearse con los testigos de cargo; es decir, verlos cara a cara. La segunda consiste en que el testigo tendría que prestar su testimonio bajo juramento, o bajo afirmación de decir la verdad, en una audiencia o vista, lo cual le confiere una mayor formalidad al asunto y expone, además, a una penalidad por perjurio. La tercera obliga al testigo a no meramente carearse con la parte contraria, sino a **estar sujeto a un contrainterrogatorio por parte del abogado contrario**. Esto último, le permitirá al juzgador no solo valorar sus respuestas, sino, además, la conducta verbalizada del testigo durante su testimonio. De manera que, el juzgador pueda hacer una valoración más abarcadora de su credibilidad. Como parte de contrainterrogar al testigo, se podrá presentar prueba para impugnar su credibilidad. Finalmente, **se permite la exclusión de prueba de referencia ofrecida en contra del acusado** (Fontanet, 2019). (el subrayado es propio).

Como se comprenderá, la prueba de referencia afecta seriamente el derecho-principio de contradicción, por cuanto su valor probatorio depende de la credibilidad que pueda merecer una persona (el testigo presencial) que no está sujeta a contrainterrogatorio (confrontación) por la parte afectada por su declaración (Fontanet, 2019); es decir, es un supuesto en el que el imputado no tiene la oportunidad de confrontarse con el testigo presencial sino, en su lugar, con otra persona a la que éste le contó lo que percibió respecto a los hechos objeto de prueba (el testigo de referencia).

Por ello, en los ordenamientos anglosajones se excluye la prueba de referencia, con la finalidad de conjurar dos situaciones indeseadas a las que hemos hecho referencia cuando se admite esta clase

de prueba, las cuales el profesor Emmanuelli (2010) resume de la siguiente manera:

1) [Q]ue no se presente prueba de lo que dijo un tercero que no está disponible para declarar en el tribunal, para establecer la verdad de los hechos del caso, pues esta prueba es poco confiable porque el que declara en el tribunal no percibió los hechos sobre los que declara (no tiene conocimiento personal) y; 2) la protección del derecho a un debido proceso de ley y a la confrontación, ya que la prueba de referencia que se trae al tribunal es contra la cual las partes no pueden confrontarse y conainterrogarla porque el declarante no está generalmente disponible durante el juicio.

Teniendo en cuenta el bajo valor epistémico de la prueba de referencia y los peligros que su admisión y valoración entrañan para el principio-derecho de contradicción, consideramos necesario realizar una interpretación constitucional con la finalidad de que la incorporación de dicha clase de declaraciones coadyuve a la búsqueda de la verdad como finalidad deseada del proceso y, al mismo tiempo, no se vulnere el derecho de contradicción (confrontación) o, al menos, este no sufra una limitaciones intolerables que afecten su contenido esencial.

Sin embargo, de manera previa, resulta pertinente desarrollar los elementos de lo que se entiende por prueba de referencia y, en particular, del testimonio de referencia, así como los supuestos de excepción en los que esta clase de declaración puede ser admitida. Para ello, acudiremos a las reglas de evidencia desarrolladas en el common law sobre el particular, por cuanto es en dicho sistema donde la prueba de referencia ha alcanzado un más amplio y profundo desarrollo.

IV. Concepto de prueba de referencia, en particular, sobre el testigo de referencia

Según Fontanet (2019) “la prueba de referencia puede definirse como una aseveración extrajudicial del declarante que se presenta en la audiencia para probar la verdad de lo aseverado”.

Por su parte, el Inciso c) de la Regla 801 del Código Federal de Evidencias de los Estados Unidos señala que “prueba de referencia” significa una declaración que: (1) el declarante no hace mientras testifica en el presente juicio (...) y; (2) una parte ofrece en evidencia para probar la verdad de la materia aseverada en la declaración. Además, define una declaración como “la aseveración oral de una persona, una aseveración escrita, o una conducta no verbal si la persona tiene la intención de que sea una aseveración.”

En la misma línea, las Reglas de Evidencia de Puerto Rico definen la prueba de referencia como “una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio (...), que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.”

Como se aprecia, la aseveración a la que debe aludir el testigo de referencia puede ser de tipo oral, escrita o, incluso, una conducta no verbal. Sin embargo, a efectos de este trabajo, nos concentraremos en las aseveraciones orales, es decir, aquella información proporcionada oralmente por una tercera persona al testigo de referencia antes del juicio oral y que se introduce en audiencia -por medio del testigo de referencia- con la finalidad de acreditar la verdad de lo afirmado o aseverado.

En resumen, a efectos del presente trabajo entenderemos como prueba de referencia testimonial a aquella que consista en: 1) una aseveración oral, 2) realizada antes del proceso (extrajudicial), 3) por parte de una tercera persona (testigo directo o fuente) que, 4) se introduce en el juicio a través de la declaración del testigo de referencia y, 5) se presenta para probar la verdad de lo aseverado, es decir, para acreditar los hechos objeto de prueba.

Sin embargo, antes de analizar si estamos ante una aseveración, a un nivel más básico, debemos verificar si estamos ante una declaración, es decir, ante una narración que dé cuenta de un hecho (entendido como un evento o acontecimiento), la cual puede estar plasmada en un documento, audio o video y, por supuesto, en una declaración oral en la que alguien le contó algo a otra persona. A efectos de este trabajo, nos centraremos en estas últimas, las declaraciones orales, esto es, aquella narración relacionada con los hechos objeto

de prueba que el testigo de referencia escuchó antes del juicio de un tercero (testigo directo o testigo fuente).

Una vez que se verifique que estamos ante una declaración, el segundo nivel de análisis pasa por verificar si esta declaración contiene una aseveración, es decir, una proposición fáctica cuyo contenido sea susceptible de ser calificado como verdadero o falso. Cabe precisar que una aseveración puede ser positiva o negativa, más no interrogativa, exclamativa, expresar un deseo, un parecer, una orden o una opinión.

Por ejemplo, si Juan declara en juicio: “Pedro me dijo ¿Qué día es hoy?”; estamos ante una pregunta, con lo cual, no puede ser calificada como verdadera o falsa. Lo mismo sucede si Juan declara en juicio: “Pedro me dijo que la comida estuvo muy mala”, ya que estamos ante una opinión o juicio de valor. Sin embargo, estamos ante una aseveración si Juan declara en juicio: “Pedro me dijo que Miguel (el acusado) golpeó a su esposa (la agraviada)”, ya que esta aseveración narra un hecho o acontecimiento susceptible de ser calificado como verdadero o falso que, en principio, no debería ser acreditado con la declaración del testigo de referencia (Juan) porque este no presenció ni percibió tales hechos, sino su conocimiento se basa en lo que le dijo otra persona (Miguel), con lo cual, estamos en un supuesto en el que la credibilidad de lo afirmado por el testigo de referencia depende de que lo narrado por el testigo directo (fuente) sea cierto.

Finalmente, el tercer nivel de análisis consiste en verificar si la declaración del testigo se ofrece con la finalidad de probar la verdad de lo aseverado, es decir, para acreditar las afirmaciones de hecho (positivas o negativas) contenidas en la declaración. Por ejemplo, si se ofrece la declaración de Juan, quien afirma que “Pedro me dijo que Miguel se llevó el celular de María mientras estaba distraída”, y la declaración de Juan se ofreció con la finalidad de acreditar que Miguel sustrajo el celular de María, entonces estamos ante una declaración que se ofrece para probar la verdad de lo aseverado -lo que se conoce en el derecho anglosajón como el propósito prohibido- y, por lo tanto, ante una declaración de referencia, con lo cual, dicho testimonio debe ser inadmitido o excluido.

Y esto es así porque en virtud del principio-derecho de contradicción o

confrontación, si una parte quiere probar un hecho (por ejemplo, que el acusado se pasó un semáforo en rojo) se debe traer a la persona que presencié tal hecho y no a una tercera persona que escuchó a aquella que presencié el hecho. Ello, con la finalidad de contrainterrogar al testigo presencial (o fuente) y someter a prueba su credibilidad y la de su testimonio a través de las técnicas de impugnación del testimonio propias del contrainterrogatorio.

Sin embargo, si la declaración se ofrece no para acreditar la verdad de lo aseverado, sino con un propósito distinto, no estaremos ante un supuesto de prueba de referencia.

Ello sucede cuando se ofrece la declaración del testigo de referencia con el propósito de probar el estado mental de una persona. Por ejemplo, si el testigo declara: “Juan me dijo que era Napoleón Bonaparte”, y la declaración se ofrece no para acreditar la verdad de lo aseverado (que Juan es Napoleón Bonaparte), sino para acreditar un posible desequilibrio mental de Juan, entonces no estamos ante una prueba de referencia y, por tanto, puede ser admitida.

Asimismo, si la declaración se ofrece para acreditar que una persona conocía de determinado hecho (muy importante para la prueba del conocimiento en el plano de la imputación subjetiva), y no para probar la verdad de lo aseverado, entonces tampoco estamos ante una prueba de referencia y la declaración puede ser admitida. Por ejemplo, imaginemos que estamos ante un caso de lesiones culposas como consecuencia de un accidente de tránsito y se ofrece la declaración de Juan, quien afirma: “Pedro (el acusado) me comentó que su carro tenía los frenos en muy mal estado”. En este caso, si la declaración de Juan se ofrece para acreditar la verdad de lo aseverado -esto es, que el carro tenía los frenos en muy mal estado-, estaríamos ante una prueba de referencia; sin embargo, si se ofrece para acreditar que Pedro tenía conocimiento que los frenos estaban en muy mal estado (independientemente de que los frenos efectivamente hayan estado o no en muy mal estado), entonces no estaremos ante una prueba de referencia, por cuanto no se ofrece para acreditar el hecho de que los frenos estén en mal estado, sino el conocimiento de una persona (Pedro), lo que resulta de suma importancia para acreditar el elemento subjetivo del tipo penal en lo concerniente a la representación mental de dicha persona con relación al estado de los frenos, en el ejemplo

propuesto.

Finalmente, tampoco estaremos ante una declaración que califique como prueba de referencia cuando ésta se ofrece para impugnar la credibilidad del testigo, evidenciando una contradicción entre lo que declara en juicio y lo que haya manifestado anteriormente. Por ejemplo, si Juan declara en el juicio que “el carro en el que huyeron los asaltantes era de color negro”, yo puedo ofrecer la declaración de Miguel, a quien Juan le contó antes de su declaración en juicio, que el carro era de color blanco. Nótese que en este caso la declaración de Miguel no se ofrece para acreditar la verdad de lo aseverado (que el carro es blanco o negro), sino para evidenciar una contradicción entre lo declarado por Juan en el juicio y lo que anteriormente le narró a Miguel con relación al color del carro, es decir, para evidenciar una contradicción y, de esta forma, cuestionar su credibilidad.

V. Excepciones a la prueba de referencia

La doctrina del common law ha desarrollado una serie de excepciones a la prueba de referencia que actualmente se encuentran recogidas en las Reglas 803, 805 y 807 del Código Federal de Evidencias de los Estados Unidos.

Se trata de una serie de supuestos en los que, pese a que se estamos ante prueba de referencia -por cuanto la declaración se ofrece para acreditar la verdad de lo aseverado-, se considera que, debido a las particulares circunstancias en las que el testigo de referencia toma conocimiento de los hechos por parte del testigo directo (o fuente de conocimiento), la declaración del testigo de referencia goza de garantías mínimas de confiabilidad y, por lo tanto, puede ser admitida.

En este punto, es importante señalar que el hecho de que se admitan tales declaraciones de referencia no quiere decir que se tengan por acreditadas las afirmaciones de hecho (aseveraciones) realizadas por el testigo de referencia, por el contrario, al igual que lo declarado por cualquier otro testigo, su contenido debe ser sometido a valoración individual y conjunta con la finalidad de dotarlas de eficacia o valor probatorio, es decir, se debe analizar su peso (valor) acreditativo y

en qué medida resultan útiles para la determinación de los hechos probados.

1. Excepciones aplicables tanto cuando la persona fuente de conocimiento (testigo directo) está disponible para declarar en juicio como cuando no lo está

A continuación, desarrollaremos brevemente algunas de las principales excepciones contenidas en la Regla 803. Cabe precisar que estos supuestos de excepción a la admisión de la prueba de referencia testimonial **pueden tener lugar, ya sea que el declarante (testigo directo o fuente) esté o no disponible para declarar en juicio.**

- a. Declaración contemporánea a la percepción:** Una declaración que describe o explica un evento o una condición, hecha mientras o inmediatamente después de que el declarante percibió el evento o la condición.

Bajo este supuesto, se admitirá la declaración de referencia en aquellos casos en los que dicha declaración haya tenido lugar mientras o inmediatamente después de que el declarante (testigo directo) percibió el evento sobre el que declara el testigo de referencia. Por ejemplo. El testigo de referencia Juan declara en juicio que “estaba viendo televisión en mi habitación cuando de pronto mi esposa (testigo directo o fuente) comenzó a gritar: “le disparó, le disparó”, corrí hacia donde estaba mi esposa, junto a la ventana de mi casa y, cuando me asomé, pude ver a Pedro (la víctima) tendido sobre el pavimento de la calle gravemente herido”.

En este ejemplo, Juan no presencié el disparo, por lo que no es testigo directo de tal hecho, sin embargo, se admitirá su declaración para acreditar que dispararon contra Pedro con base en lo que escuchó gritar a su esposa, puesto que las máximas de la experiencia enseñan que una persona (en el ejemplo, la esposa de Juan) en tales circunstancias no tiene motivo ni tiempo para inventar o falsear un acontecimiento, debido a la situación de inmediatez entre el evento, la percepción del testigo directo y lo que manifiesta o declara. Sin embargo, para que esta excepción aplique no debe haber transcurrido

mucho tiempo entre el evento y lo manifestado o declarado por el testigo directo.

- b. Declaración espontánea por excitación:** Una declaración sobre un evento o una condición excitante, hecha mientras el declarante estaba bajo el efecto o la excitación causada por el evento o la condición.

En esta excepción, se puede admitir que el testigo de referencia declare en juicio sobre aquellas declaraciones que oyó del testigo directo, mientras este último se encontraba bajo el efecto o el estrés generado por el evento que describe y sobre el que profiere alguna manifestación.

Por ejemplo, imaginemos que durante una llamada a la línea de emergencia (105) el testigo directo le dice a la operadora que “necesita ayuda porque su esposo la quiere atacar con un cuchillo”. En este caso, se puede admitir la declaración de la operadora de la central de emergencia para que declare en juicio sobre aquello que le dijo la víctima por teléfono, es decir, para probar que el esposo de la víctima intentaba atacarla con un cuchillo. Sin embargo, esta excepción presupone que quien hace la llamada actúa de buena fe y no se trata de un falso pedido de auxilio cuyo propósito es generar prueba incriminatoria en contra de una persona. Por ello, es muy importante recalcar que estas excepciones únicamente aplican en sede de admisibilidad, más no permiten dar por acreditado lo afirmado por el testigo de referencia sin más, ya que, esto solo tendrá lugar luego de que su declaración sea debidamente valorada.

- c. Declaración para fines de diagnóstico o tratamiento:** Una declaración que: (a) es hecha y pertinente para recibir diagnóstico médico o tratamiento; y (b) describe el historial médico, síntomas o sensaciones pasadas o presentes, su inicio, o su causa general.

En este supuesto, se admite como prueba de referencia la declaración de un médico o psicólogo respecto a aquella información que le dio una persona para recibir diagnóstico

o tratamiento. La razón de ser de esta excepción es que las máximas de la experiencia enseñan que las personas le dicen la verdad al médico cuando van a recibir diagnóstico o tratamiento médico, puesto que si la información que proporcionan es falsa, el diagnóstico será incorrecto y el tratamiento no será eficaz.

Sin embargo, se debe resaltar que únicamente se admitirá como prueba de referencia aquella parte de la declaración que sea relevante a efectos de ser diagnosticado o recibir tratamiento, más no sobre otros aspectos distintos.

Por ejemplo, un médico podrá declarar que atendió a Juan de emergencia y que este le dijo que se había fracturado el brazo porque cayó de las escaleras y quien lo empujó fue Pedro. En este caso, la declaración del médico sobre lo que le dijo Juan únicamente será admitida respecto a la causa de la fractura (haberse caído por las escaleras), más no respecto a la identidad del supuesto agresor.

2. Excepciones aplicables únicamente cuando la persona fuente de conocimiento (testigo fuente) no está disponible para declarar en juicio

Además de las excepciones antes señaladas, el artículo 804 de las Reglas de Evidencia contempla un grupo de declaraciones que, pese a ser de referencia, pueden ser admitidas únicamente cuando el testigo directo (o fuente de conocimiento) **no está disponible para declarar en el juicio**.

En este punto, es importante señalar que de acuerdo con la doctrina establecida en *Crawford v. Washington*⁸, toda declaración de naturaleza testimonial (en principio, aquellas rendidas en el marco de la investigación o previas al juicio oral) está sujeta a la cláusula de confrontación, es decir, sólo puede ser admitida si 1) el declarante se presenta en juicio y declara y, 2) si el declarante no está disponible para declarar en juicio, su declaración solo será admitida como evidencia si la parte contra la que se ofrece dicha declaración tuvo la

8 Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004).

oportunidad de contrainterrogarla.

Similar regla establecen los incisos c) y d) del artículo 383 del CPP, al exigir que las actas que contengan las declaraciones de testigos previas al juicio oral sólo puedan ingresar al juicio oral -vía lectura- si es que a dichas declaraciones concurren las partes o se les emplazó debidamente.

Las principales excepciones cuando el testigo directo (fuente) no está disponible para declarar en juicio, son las siguientes:

a. Declaración en peligro de muerte. En un caso por homicidio o en un caso civil, una declaración hecha por el declarante, mientras pensaba que su muerte era inminente, sobre sus causas o circunstancias.

Lo primero que se debe destacar es que esta excepción sólo aplica en casos penales cuando el delito imputado es de homicidio. Asimismo, el contenido de la declaración que se podrá admitir es únicamente el que haga referencia a las causas o circunstancias de la muerte.

Por ejemplo, Juan se encuentra tendido en el piso gravemente herido, llegan los paramédicos a auxiliarlo y Juan les dice “mi esposa me acuchilló pero, además, quiero que sepan que también maltrata físicamente a mis hijos”. En este caso, se podrá admitir la declaración de los paramédicos como prueba de referencia, pero sólo respecto a la causa y circunstancias que ocasionaron el peligro inminente de muerte para Juan, más no en el extremo relacionado al maltrato físico de la esposa en contra de los hijos.

De otro lado, la regla habla de una situación de peligro inminente de muerte, esto quiere decir que la declaración debe darse en circunstancias en las que el declarante (testigo directo) cree fundamentadamente que morirá. Sin embargo, si luego este supera dichas circunstancias, se recupera y no muere, pero por alguna otra razón dicha persona no está disponible para declarar en juicio, ello no impide que se pueda ofrecer la declaración de quien lo escuchó como prueba de referencia.

b. Declaración contra interés. Una declaración que:

a) una persona razonable, en la posición del declarante, sólo hubiera hecho si la persona creía que era cierto, porque, cuando la hizo, era tan contraria a un interés propietario o pecuniario, o tenía una tendencia tan grande para invalidar la reclamación del declarante en contra de otra persona o exponerlo a responsabilidad civil o penal; y

b) tiene apoyo en circunstancias que corroboran su confiabilidad, si se ofrece en un caso criminal como una que expone al declarante a responsabilidad penal.

Como se aprecia, esta regla se apoya en la máxima de la experiencia según la cual las personas normalmente no declararán algo que sea claramente contrario a sus intereses o los exponga a responsabilidad si es que el contenido de dicha declaración no fuera cierto.

Sin embargo, cuando esta excepción se pretende aplicar en un caso penal, para ser admitida, debe estar acompañada de evidencia adicional que corrobore su confiabilidad, de lo contrario, no se deberá admitir.

VI. Supuestos en los cuales se puede admitir la declaración del testigo de referencia a la luz del Código Procesal Penal y el principio-derecho de contradicción-confrontación

Como hemos visto, si bien nuestro ordenamiento procesal penal admite la declaración del testigo de referencia, esto únicamente tendrá lugar si el testigo de referencia cumple con: i) precisar las circunstancias de tiempo y lugar en las que adquirió conocimiento respecto a los hechos que son objeto de prueba, e ii) identificar a la persona que es la fuente de su conocimiento (al testigo directo o fuente).

De esta manera, resulta claro que, si el testigo de referencia no cumple

con lo señalado anteriormente, su declaración no podrá ser utilizada.

Sin embargo, queda por esclarecer si en todos los casos en los que el testigo de referencia cumplió con precisar las circunstancias en las que tomó conocimiento de los hechos objeto de prueba e identificó a la persona fuente de su conocimiento, su declaración resulta admisible y puede ser utilizada.

Como se ha señalado anteriormente, se pueden presentar dos supuestos: el primero, que la persona fuente de conocimiento (testigo directo o fuente) sí esté disponible para declarar en juicio y, el segundo, que dicha persona no esté disponible para declarar en juicio oral.

En este punto, es relevante explicar qué se entiende por un “testigo no disponible para declarar en el juicio oral” o, dicho de otro modo, qué supuestos justifican que un testigo directo (o fuente de conocimiento) no esté disponible para declarar en juicio de manera que, en su lugar, pueda comparecer y declarar el testigo de referencia.

Considero que, para dicho propósito, se debe recurrir a las causales señaladas sistemáticamente en los incisos c) y d) del artículo 383 en virtud de las cuales se puede introducir, vía lectura, el acta de la declaración de un testigo brindada de manera previa al juicio oral. Estas causales son: fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes.

Sin embargo, en estos últimos dos supuestos, la parte que ofrece al testigo tiene la carga de probar que hizo los esfuerzos razonables -esto es, que actuó con la debida diligencia- a efecto de lograr la presencia de su testigo en el juicio oral. Así pues, no basta con señalar de manera general que se le notificó al domicilio señalado en su documento de identidad o en su último domicilio conocido, sino que se debe exigir, por lo menos, haber constatado o verificado si dicha persona vive en dicho inmueble y, de no ser así, haber realizado indagaciones mínimas para conocer su paradero y notificarlo cálidamente para que concurra al juicio oral a declarar.

De esta manera, se evita que, apelando al “desconocimiento de su

paradero” o por “otras causas no imputables a las partes”, se pretenda introducir la declaración del testigo de referencia y, de este modo, se vulnere el derecho de confrontación de la parte contraria, al impedirle contrainterrogar al testigo fuente.

Es importante tener presente que, a las causales de indisponibilidad para declarar antes señaladas, se deben añadir los supuestos en los que la ley faculta a los testigos a abstenerse de declarar, los cuales se presentan cuando: *i*) de su declaración pueda surgir su responsabilidad penal [artículo 163.2) del CPP], *ii*) sean cónyuges, convivientes y parientes del imputado [artículo 165.1) del CPP] o, *iii*) tengan la obligación de guardar el secreto profesional o de Estado [artículo 165.2) del CPP]. Nótese que, en estos casos, no hay ninguna razón que impida al testigo presentarse en el juicio, de hecho, puede hacerlo, sin embargo, su decisión de abstenerse de declarar en la práctica tiene los mismos efectos que su inconcurrencia, ya que en ambos casos no se podrá recibir su declaración.

Pues bien, dicho esto, considero que una lectura constitucional de las normas que regulan la admisión de la declaración del testigo de referencia -es decir, que respete el contenido esencial del principio-derecho de contradicción- aconseja que, en el primer supuesto -esto es, cuando el testigo fuente de conocimiento (testigo directo o fuente) está disponible para declarar en juicio-, su declaración sólo puede ser admitida si esta cumple con alguno de los criterios de confiabilidad que subyacen a las excepciones de la prueba de referencia desarrollados en el punto 1 del numeral V del presente artículo, pues de lo contrario se corre el riesgo de admitir prueba de referencia poco confiable y de muy bajo -o, incluso, nulo- valor epistémico que, además, vulnera o limita seriamente el derecho de confrontación.

En este escenario, por ejemplo, no sería admisible la declaración de una persona (testigo de referencia) a la cual la víctima le contó que sufrió una agresión después de varios días de ocurridos los hechos (por ausencia de contemporaneidad). Tampoco lo sería la declaración de un psicólogo forense sobre lo que la víctima o el imputado le narró respecto a los hechos objeto de prueba cuando hizo la evaluación ordenada por el Ministerio Público. Nótese que, en este caso, el testigo fuente (víctima o acusado) no narra los hechos para fines de tratamiento o diagnóstico (lo que justificaría que se aplique dicha

excepción), sino para viabilizar una pericia que servirá como medio de prueba.

Del mismo modo, en el segundo supuesto -esto es, cuando la persona fuente de conocimiento (testigo directo) no está disponible para declarar en juicio-, la declaración del testigo de referencia debe ser admitida en los casos de excepción señalados en el punto 2 del numeral V del presente artículo, y siempre que se cuente con prueba adicional que dote de confiabilidad a la declaración de referencia, ya que admitir la prueba de referencia de manera indiscriminada, esto es, en todos los casos en los que el testigo directo (fuente) no esté disponible para declarar en juicio, supondría una seria limitación del derecho de contradicción (confrontación) de la parte contra quien se admite dicha prueba, ya que, en este supuesto, no tendrá la oportunidad de poner a prueba o confrontar al testigo directo o fuente a través del contrainterrogatorio.

De otro lado, una lectura constitucional del artículo 166.2) del CPP aconseja que no se admita la declaración del testigo de referencia del testigo de referencia, es decir, aquellos supuestos en los que el testigo fuente no es testigo presencial de los hechos, sino que tales hechos le fueron narrados, a su vez, por una tercera persona (el testigo presencial). En este caso, estaríamos ante un testigo de referencia de segundo grado, cuya declaración resulta de muy baja o nula calidad epistémica, la cual no coadyuva al esclarecimiento de los hechos, por lo que no debe ser admitida, en ningún caso, es decir, incluso cuando se presenten los supuestos de excepción desarrollados en los puntos 1 y 2 del numeral V del presente trabajo.

Asimismo, en cuanto a su valoración, debemos precisar que si bien el artículo 158.2) del CPP señala que se podrá imponer sentencia condenatoria usando prueba de referencia cuando existan otras pruebas que la corroboren, estas otras pruebas no pueden ser aquellas en virtud a las cuales el testigo de referencia tomó conocimiento de los hechos objeto del proceso, puesto que estaríamos ante pruebas autorreferenciales. Piénsese, por ejemplo, en un caso de lesiones en el que la fuente de conocimiento del testigo de referencia es la propia víctima quien está disponible para declarar en juicio, pero se acepta la declaración del testigo de referencia fuera de los supuestos de excepción desarrollados en el punto 1 del numeral V del presente

artículo. Lo mismo sucede cuando, además de la declaración de la víctima, se ofrece la declaración del psicólogo forense (testigo de referencia) para que declare sobre lo que le contó la víctima al momento de ser evaluada.

Por ello, la prueba adicional necesaria para corroborar la prueba de referencia deberá ser una distinta a la prueba fuente, ya que, de lo contrario, se incurriría en una falacia de petición de principio y en un supuesto de razonamiento circular, según la cual, la declaración del testigo fuente es creíble porque se “corroborar” con la declaración del testigo de referencia y, ésta, a su vez, resulta creíble porque se “corroborar” con la declaración del testigo fuente.

Por ello, en lo que atañe al testimonio de referencia, la prueba corroborativa deberá ser una distinta a la declaración de la persona fuente de conocimiento (testigo directo o fuente).

VII. Conclusiones

1. La prueba de referencia testimonial es aquella que consiste en: 1) una aseveración oral, 2) realizada antes del proceso (extrajudicial), 3) por parte de una tercera persona (testigo directo o fuente) cuyo contenido, 4) se introduce en el juicio a través de la declaración del testigo de referencia y, 5) se presenta para probar la verdad de lo aseverado, es decir, para acreditar los hechos objeto de prueba.
2. Se debe diferenciar al testigo de referencia del testigo indirecto. Mientras la declaración del testigo de referencia versa sobre algún hecho objeto de prueba que conoció a través de una tercera persona (testigo fuente), la declaración del testigo indirecto versa sobre un hecho distinto al hecho principal, es decir, sobre un hecho secundario o periférico (indicio).
3. Nuestro ordenamiento procesal penal admite la declaración del testigo de referencia únicamente si este cumple con:
i) precisar las circunstancias de tiempo y lugar en las que adquirió conocimiento respecto a los hechos que son objeto

de prueba, e *ii*) identificar a la persona que es la fuente de su conocimiento (testigo directo).

4. Un testigo (fuente o directo) puede no estar disponible para declarar en juicio por: *i*) encontrarse en alguno de los supuestos señalados en los incisos c) y d) del artículo 383 del CPP, *ii*) abstenerse de declarar en virtud de lo establecido en el artículo 163.2) del CPP, o *iii*) estar amparado por alguno de los privilegios establecidos en los incisos 1) y 2) del artículo 165 del CPP.
5. El artículo 166.2) del Código Procesal Penal debe interpretarse de manera que no afecte el contenido esencial del derecho de contradicción (confrontación), por ello, se debe tener en consideración:

Primero, en aquellos casos en los que el testigo fuente (directo) está disponible para declarar en el juicio, la declaración del testigo de referencia sólo debe ser admitida si esta cumple con alguno de los criterios de confiabilidad que subyacen a las excepciones de la prueba de referencia desarrollados supra (punto 1 del numeral V).

Segundo, en los casos en los que el testigo fuente de conocimiento (directo) no esté disponible, la declaración del testigo de referencia sólo debe ser admitida en los casos de excepción señalados supra (punto 2 del numeral V), y siempre que se cuente con prueba adicional que dote de confiabilidad a la declaración de referencia y,

Tercero, en ningún caso se debe admitir la declaración del testigo de referencia de segundo grado, es decir, de un testigo de referencia de otro testigo de referencia.

6. En sede de valoración, la declaración del testigo de referencia sólo podrá servir para fundar una medida de prisión preventiva o una sentencia condenatoria cuando existan pruebas adicionales que la corroboren y; las pruebas adicionales que sirvan para corroborar la declaración del testigo de referencia deben ser

distintas al testimonio de la persona fuente de conocimiento (testigo directo o fuente) y; finalmente;

7. La admisión de la declaración del testigo de referencia no exime al juzgador de valorarla, de manera individual y conjunta, con la finalidad de darle el peso (valor) acreditativo que le corresponda.

Bibliografía

Almeida Idiarte, R. (2022). *La prueba testimonial y los testigos de oídas*. [Trabajo Final de Máster en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona].

Arias Zuñiga, F. (2023). Panorama Actual de la Impugnación de Testigos en el Proceso Penal Costarricense. *Sapiencia Revista Científica y Académica*, 3(1) 39–61. <https://doi.org/10.61598/s.r.c.a.v3i1.39>

Devis Echandía, H. (1987). *Teoría general de la prueba judicial*. (Tomo II). Krucigrama de Medellín.

Emmanuelli Jimenez, R. (2010). *Prontuario de derecho probatorio puertorriqueño*. Situm.

Fontanet Maldonado, J. E. (2019). El quinceañero de Crawford v. Washington: Una mirada al pasado al presente de la cláusula de confrontación en los Estados Unidos. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 54(3), 471-530.

Gonzáles Lagier, D. (2005). Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. En P. P. Grández Castro y H. Enrique Ortiz (Coords.), *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*.

Miranda Estrampes, M. (2012). *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*. Jurista Editores.

Quiñones Vargas, H. (2023). *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño: Un análisis crítico del sistema oral en*

el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa. (1a ed.). Editorial Maya.



SECCIÓN INTERNACIONAL

El delito de tráfico de influencias

Amy Karina Román Bryan¹

Sumilla

Este artículo enmarca su análisis en el fenómeno de la corrupción, particularmente, en una de sus manifestaciones: el delito de tráfico de influencias. En primer lugar, se presentarán los requisitos convencionales y regulación internacional respecto a dicho ilícito penal, para luego pasar a analizar la tipificación del artículo desde la legislación de Costa Rica, estableciendo los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal. Además, se realizará un análisis comparativo sobre cómo se ha implementado la normativa internacional en el país centroamericano, haciendo referencia a las concordancias normativas y evaluando el cumplimiento de dicho país respecto al mandato de las convenciones que regulan el tema. Finalmente, se definirá un tema trascendental para determinar la configuración del delito, analizando si se trata de un delito de resultado o de un delito de mera actividad.

Palabras clave

Corrupción, tráfico de influencias, funcionarios públicos, deber de probidad, delito de resultado, delito de mera actividad

I. Introducción

Desde finales de la década de los años noventa, el mundo se ha percatado y ha visibilizado la presencia de la corrupción, como un fenómeno que estuvo normalizado por muchos años y que ha demostrado ser perjudicial para la sociedad.

Como resultado, los países advirtieron la necesidad de crear un frente

1 La autora labora en la Procuraduría General de la República de Costa Rica, como Procuradora de la Ética Pública. Es Licenciada en Derecho, máster en Derecho Constitucional y especialista en Derecho Penal y Procesal Penal. Cuenta con un curso de especialización de Compliance Officer de la Fundación de la Universidad de Salamanca y DoinGlobal. Correo electrónico: amyrb@pgr.go.cr

de lucha común, ya sea desde el punto de vista regional o mundial, para combatir la corrupción de los funcionarios públicos. En este contexto, Costa Rica ha dispuesto diversas disposiciones normativas para implementar las convenciones internacionales, las cuales se analizarán en el presente artículo.

II. ¿Qué es la corrupción?

La corrupción es un fenómeno que se observa a nivel internacional. No hay país exento de este problema.

De conformidad con el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante, BID), la corrupción:

Se define como “el mal uso del poder encomendado para beneficio privado”; el BM (1997) definió corrupción como “el mal uso del cargo público para beneficio privado”; Kaufmann (2005) propuso denominarla “la privatización de la política pública”. En el reporte de Ukaid (2015) se precisó como “un fenómeno complejo y multifacético”, resultado de relaciones dinámicas entre procesos económicos, sociales y políticos, y entre diversos actores públicos, sociales y privados. Por su parte, el FMI (2016) definió la corrupción como “el abuso de un cargo público para beneficio privado”. La corrupción también se entiende como “un conjunto amplio de acciones y conductas, que producen una externalidad negativa tanto en la cima como en la base de las estructuras del sector público como del privado” (Banuri y Eckel, 2012). La definición de Malem (2012) es más amplia, porque comprende a “los que se aprovechan de su posición en una relación, organización o institución, violan su deber para obtener beneficios ilegítimos, pudiendo ser el sector público o privado (...) El GBID adoptó a lo largo de los años en sus políticas de adquisiciones distintas definiciones, que se han ajustado y armonizado con los principales organismos multilaterales. La versión actual de práctica corrupta “consiste en ofrecer, dar, recibir, solicitar, directa o indirectamente, cualquier cosa de valor para influenciar indebidamente las acciones de otra parte. (GN-2349-15) (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala lo siguiente:

La CIDH consideró a la corrupción como un fenómeno caracterizado por el abuso o desviación del poder encomendado, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que daña la institucionalidad democrática, el Estado de Derecho y afecta el acceso a los derechos humanos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 12)

En Costa Rica se positivizó el concepto de corrupción a través del artículo 1 del Reglamento de la Ley N.º 8422, y se definió como:

El uso indebido del poder (funciones y atribuciones) y de los recursos públicos para el beneficio personal, el beneficio político particular o el de terceros (intereses privados por encima del interés público) en contravención de las disposiciones legales y la normativa existente en un momento histórico dado.

Coincidimos en que la corrupción puede definirse como la satisfacción del interés particular por encima del interés público, abusando del cargo o función pública que se desempeña.

A partir de esta definición, se han identificado a lo largo del tiempo diversos efectos adversos de la corrupción, como por ejemplo:

- Afecta la economía de un país y su producto interno bruto.
- Causa un daño social que afecta a todos los habitantes del país o de una región específica.
- Provoca una pérdida de confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas y en los funcionarios públicos, llegando a hablarse de una corrupción sistémica.
- Genera una percepción errónea de cómo deben operar las instituciones públicas, normalizando los fenómenos de corrupción y el otorgamiento de dádivas para agilizar trámites, de manera anticipada o preferente.
- Genera el encarecimiento de los servicios públicos y provoca

sobrepuestos en la contratación administrativa, ya que las empresas incluyen el pago de coimas en sus gastos operativos y financieros. Incrementa la inequidad y desigualdad social, beneficiando a quienes pueden pagar dádivas, mientras que quienes tienen limitaciones económicas sufren retrasos injustificados en sus gestiones.

- Causa afectaciones y retrasos en los servicios públicos en general, impactando los tiempos de respuesta en las instituciones públicas.
- Provoca un mal funcionamiento de las instituciones públicas.
- Implica una afectación al medio ambiente, al otorgar permisos para la tala ilegal, vertidos contaminantes y otras actividades que dañan el entorno.
- Genera un decaimiento en la economía del país, debido a los sobrepuestos en las ofertas de los proveedores en la contratación pública, lo que a la postre puede resultar en la paralización o la mala calidad de las obras públicas.
- Desvía recursos, ya que se necesita invertir más en la persecución penal de la corrupción en lugar de destinar fondos a proyectos que beneficien a la sociedad.
- Aletarga el desarrollo humano y la evolución hacia un Estado más desarrollado.
- Contribuye al crecimiento de la violencia, alimentando la desconfianza en el sistema democrático.

III. Regulación del tráfico de influencias en convenciones internacionales contra la corrupción

Con la finalidad de que los países cuenten con instrumentos legales para combatir, y, de ser posible, erradicar la corrupción debido a sus efectivos nocivos, se han negociado convenciones internacionales en materia anticorrupción, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción².

2 También conocida como Convención de Mérida.

- Convención Interamericana contra la Corrupción.
- Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada³.

Sin embargo, no todas las convenciones abordan los mismos temas. Dado que en este artículo se analizará específicamente el delito de tráfico de influencias, es importante señalar que, de todas las convenciones mencionadas, solo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción hace referencia explícita a este delito. Esta mención se encuentra en el artículo 18, que establece:

Artículo 18. Tráfico de influencias

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Asimismo, la Convención de Palermo incluye una referencia indirecta

3 También conocida como Convención de Palermo. Esta convención dispone en sus artículos 8 y 9 la obligación de penalizar la corrupción.

sobre este delito, ya que en sus artículos 8 y 9 establece lo siguiente:

Artículo 8. Penalización de la corrupción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.

3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.

4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por “funcionario público” se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.

Artículo 9. Medidas contra la corrupción

1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente

Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso **dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.** (el subrayado es propio).

En resumen, esta convención considera que la corrupción es un componente de la criminalidad organizada (lo cual se comparte). Por lo tanto, se impone a los Estados Parte la obligación de adoptar medidas efectivas para prevenir, detectar y sancionar la corrupción de funcionarios públicos. Además, se destaca la importancia de dotar a las autoridades la independencia necesaria para que puedan actuar sin sufrir influencias indebidas en el ejercicio de sus funciones.

IV. Regulación del delito de tráfico de influencias en Costa Rica

El compromiso de Costa Rica de implementar y adecuar su legislación interna en este ámbito surge de las obligaciones adquiridas a través de la suscripción de los principales tratados internacionales en materia anticorrupción, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada y, más recientemente, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (en adelante, Convención Anti-cohecho de la OCDE). Además, esta obligación también responde a la necesidad de fortalecer continuamente el ordenamiento jurídico anticorrupción del país, asegurando así que se cuente con las herramientas más idóneas para combatir este grave problema.

El artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento

Ilícito en la Función Pública, Ley N.º 8422 del 06 de octubre de 2004, reprime el delito de tráfico de influencias, de la siguiente manera:

Artículo 52.-Tráfico de influencias. Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.

Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

De este modo, el delito de tráfico de influencias se configura de la siguiente manera:

Bien jurídico tutelado: Deberes de la función pública, deber de probidad.

Sujeto activo: Cualquier persona, ya que puede ser cometido directamente o por interpósita persona. No es necesario que quien ejerce la influencia sea un funcionario público.

Sujeto pasivo: El funcionario público, que se define en artículo 2 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, Ley N.º 8422,

como:

Servidor público:

Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley. Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.

Verbo principal: Influir, utilizar u ofrecer la influencia

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra influir como “Dicho de una persona o de una cosa: Ejercer predominio, o fuerza moral. SIN: influenciar”.

Por su parte, en el Diccionario Jurídico de la Real Academia Española, se define la frase “influir sobre funcionario o autoridad”, como “interferir en el proceso de toma de decisiones del funcionario público o autoridad con el objeto de persuadirle, convencerle y ordenarle que dicte una resolución administrativa a favor del que influye o de un tercero.” (2023) (el subrayado es propio).

El verbo influir ha sido definido por Warner Molina (2009) como “sujeción, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra, para alterar el proceso motivador, en la toma de una decisión”. (p. 269).

Otros verbos presentes en el tipo: prevalecer, hacer, retardar u omitir.

El término “*prevalerse del cargo*” se define jurídicamente como “abusar alguien de su condición de autoridad o funcionario público.” (Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española, 2023)⁴.

Los verbos “hacer”, “retardar” y “omitir” se relacionan con acciones que el sujeto pasivo podría realizar, pero estas acciones están influenciadas por el sujeto activo. Es decir, la persona que ejerce la influencia busca modificar el comportamiento o las decisiones del sujeto pasivo.

Elementos objetivos del tipo: Este delito se configura cuando una persona se aprovecha de su cargo o de cualquier situación derivada de su posición personal o jerárquica, ya sea real o simulada, para influir en un servidor público y lograr que realice, retrase u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución que le corresponde según sus funciones.

Elementos normativos del tipo: Los términos como funcionario público, nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución se definen en normas legales específicas. Estos elementos son esenciales para comprender el contexto del delito.

Elemento subjetivo del tipo: Este delito se comete de manera dolosa, lo que implica que la persona tiene conocimiento y la intención de influir con prevalimiento en otros, ya sea aprovechándose a) de su cargo, b) de una situación personal, o c) de una situación jerárquica, según las diferentes modalidades que establece la ley.

Elemento subjetivo distinto del dolo: Esto se refiere a la intención de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebida, ya sea para sí mismo o para otra persona.

Consumación: En Costa Rica, existen tres posturas sobre cuándo se considera consumado el delito de tráfico de influencias. Al hablar de las categorías de delitos, es importante mencionar que, para este artículo, nos basamos en la teoría del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni

4 Véase en: <https://dpej.rae.es/lema/prevalerse>

y otros (2005), que establece que:

Hay tipos que exigen la producción de un determinado resultado (como el homicidio, en que solo puede ser la muerte) y otros que no lo hacen, o sea, que no precisan el resultado típico (como la injuria). Cuando no se exige la producción de un resultado determinado en el tipo objetivo, éste puede ser cualquier mutación del mundo, con tal que resulte lesiva del bien jurídico. Se llamó a los primeros, es decir, a aquellos delitos en que el tipo exige un resultado determinado, delitos de resultado, y a los segundos de mera actividad. (p. 356).

Así, los delitos de resultado son aquellos que requieren la ocurrencia de un resultado determinado para ser consumados, mientras que los delitos de mera actividad se configuran con cualquier acción que resulte lesiva al bien jurídico.

Es relevante mencionar que hay delitos que tienen un elemento subjetivo distinto del dolo. Para explicar este elemento, nos basamos en lo señalado por Eugenio Raúl Zaffaroni y otros (2005) para explicarlo:

Los elementos subjetivos distintos del dolo son de dos clases: (a) Unos son claras ultra finalidades, es decir, tipos en los que se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo. Son los tipos que exigen un para, con el fin de, con el propósito de, etc. (b) Otros son los elementos del ánimo, o sea, actitudes o expectativas del agente que acompañan su acción y que se manifiestan objetivamente de alguna manera o que, al menos, son incompatibles con la ausencia de ciertos datos objetivos (...). (p. 420).

A partir de esto, la primera y más antigua teoría sostiene que el delito de tráfico de influencias es un delito de resultado. Esta teoría sugiere que la configuración del acto corrupto depende de que el sujeto pasivo sea efectivamente influido. Sin embargo, esta postura no es ampliamente aceptada, ya que no refleja adecuadamente la construcción del tipo penal y, además, no asegura una lucha eficaz contra la corrupción. Esto se debe a que el acto corrupto depende exclusivamente del sujeto activo, quien busca influir en el sujeto

pasivo. Así, el sujeto activo ya ha llevado a cabo un acto ilícito, independientemente de si el sujeto pasivo cambia su decisión debido a esa influencia.

Este supuesto implicaría la posibilidad de que el delito quede en grado de tentativa si la influencia se ejerce, pero no logra alcanzar la finalidad deseada por el sujeto pasivo debido a un acto ajeno a su voluntad.

Originalmente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia costarricense, en sus sentencias, destacó la necesidad de un resultado para la configuración del delito. Por ejemplo, en dos de sus fallos identificó los requisitos para configurar el delito de tráfico de influencias. En la Resolución N.° 2020-00054 señaló lo siguiente:

De acuerdo con los lineamientos de esta Sala (Sentencia No. 2009-0060, de las 09:00 horas, del 30 de enero de 2009), para que éste delito se dé es necesario que: i) La acción del sujeto activo sobre la libertad del sujeto pasivo, debe ser una intromisión de tal grado que logre imponer su voluntad sobre él. ii) El agente debe valerse de una relación jerárquica o personal, que comprometa la voluntad del funcionario público. iii) La influencia en el funcionario debe tener como finalidad la generación de beneficios económicos o ventajas indebidas (contrarios al ordenamiento jurídico), ya sea para quien influye o para un tercero.

Asimismo, en la Resolución N.° 00005-2011 señaló lo siguiente:

Como se desprende de la norma transcrita, la intención del legislador es castigar a quien influya en un servidor público para que: “haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones,” de forma tal que genere un beneficio económico para sí o un tercero. Como acertadamente lo señala la representante del Ministerio Público la conducta penalizada es aquella que provoque un resultado concreto, así como que la misma sea capaz de influir a un funcionario para que tome un acto administrativo determinado.

Esta tesis, ya superada por otra posterior, fue citada recientemente por la Resolución N.º 2024-1015 del Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José, en la que se mencionó lo siguiente:

Es importante tener presente que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que, para que se configure el delito de tráfico de influencias, "...la acción del sujeto activo sobre la libertad del sujeto pasivo, debe ser una intromisión de tal grado que logre imponer su voluntad sobre él (Sala Tercera N.º 1163 de las 16:02 horas del 22 de setiembre de 2011) (el subrayado es propio)

y que:

En este entendido, la figura delictiva consiste en la eventual influencia sobre una acción que se dé a cargo de un sujeto activo sobre la libertad del sujeto pasivo; esta intromisión en el libre albedrío del sujeto pasivo, debe configurarse y demostrarse, de modo tal que logre imponer una voluntad sobre la otra. Otra consideración a referenciar, es que el sujeto activo debe valerse de una relación jerárquica o personal, que pudiese comprometer la voluntad y por ende el libre albedrío del funcionario público, al cual se pretende someter a alguna eventual influencia externa. Así como que la influencia sometida sobre o por el funcionario público, debe tener como finalidad la generación de beneficios económicos o ventajas indebidas, ya sea para quien influye o para un tercero." (Sala Tercera, N° 134 de las 11:24 horas del 20 de febrero de 2017) (el subrayado es propio), característica que no se aprecia en la descripción de los hechos acusados.

La segunda teoría sostiene que el delito es uno de resultado cortado, lo que significa que la primera parte del tipo penal se considera de mera actividad, mientras que la segunda parte implica un resultado.

Esto significa que el sujeto activo ejerce su influencia, y en esta primera parte se entiende que el delito se configura únicamente como de mera actividad, al influir con prevalimiento del cargo, situación personal o jerárquica. La segunda parte se concibe como un delito de resultado cortado, ya que podría producir un efecto si el sujeto pasivo es influenciado y decide cambiar su comportamiento o toma

de decisiones en función de esa influencia.

Esta es la postura vigente en el país, ya que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a través de la Resolución N.º 967-2017, definió el delito de tráfico de influencias como un delito de resultado cortado, indicando que la primera parte es de mera actividad y peligro, mientras que la segunda parte implica un resultado. En este precedente se establece lo siguiente:

Señaló al respecto la cámara de casación: “En segundo lugar, existe discordancia entre las dimensiones objetiva y subjetiva de la estructura típica del delito de tráfico de influencias. En lo objetivo, no se requiere la realización del resultado para su consumación: no se requiere que, en efecto, se consiga el beneficio económico o ventaja indebidos. Pero desde el punto de vista subjetivo, la búsqueda de dicho fin es un elemento intencional distinto del dolo, necesario para la configuración del tipo. **Nos hallamos entonces, ante un delito de resultado cortado: además del dolo de influir con prevalimiento, es necesario que en el autor concorra otro elemento intencional: que dicha influencia se ejerza para conseguir un beneficio económico o ventaja indebidos.** Existe un resultado que se valora a nivel subjetivo, pero cuya materialización es innecesaria para que se consuma el tipo” (Sala III, v. 967-2017, de las 9:42 hrs. del 20 de octubre de 2017, subrayado suplido). Y luego, dejando el punto absolutamente claro, la misma Sala remachó: “Tal y como lo señala Cugat Mauri, “...A diferencia de la inducción a la prevaricación, el nuevo tipo permite castigar el mero ejercicio de la influencia, con independencia de la naturaleza de la relación (personal o funcional), la distancia entre influyente e influido (influencia directa o indirecta), o el éxito de la misma (genere beneficio económico o no)...” (CUGAT MAURI, (Miriam) 14 de agosto de 2014) : “El Tráfico de Influencias. Un tipo Prescindible. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 16-07, 2014. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-07.pdf>). Volviendo a la redacción del tipo en nuestra legislación, el componente: “...de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro...”, sí interesa, pero no como resultado que debe materializarse, sino como un

elemento intencional que compone la estructura subjetiva del tipo de tráfico de influencias. Se trata de un elemento subjetivo distinto del dolo, que se identifica con la finalidad querida por el sujeto activo. Por lo tanto, es esencial que se verifique a nivel de finalidad, para que la conducta sea típica. Sin embargo, **al encontrarnos ante un delito de resultado cortado, el hecho de que no se materialice el fin, no implica que el delito se encuentre tentado. Nos hallamos ante un delito de mera actividad, y de resultado cortado.** Un concepto que puede parecer confuso, si no reparamos en que **lo primero atañe a la parte objetiva (el delito se consuma sin necesidad de que se verifique el resultado) y lo segundo, a la parte subjetiva (deben comprobarse de forma conjunta en el autor, el dolo de influir con prevalimiento y la finalidad de alcanzar a través de dicha influencia, un beneficio económico o ventaja indebidos).** Las anteriores consideraciones nos acercan al tercer aspecto de interés, para la correcta solución de los reclamos que plantea el representante de la Fiscalía. Se trata de la interpretación y alcance que merece la frase “beneficio económico o ventaja indebidos”, correctamente dimensionados aquí, no como resultado en sentido estricto, sino como componente intencional del sujeto activo del delito de tráfico de influencias. Una interesante mezcla, pues nos encontramos con un resultado de mera actividad o peligro, en el que el resultado sí interesa, no para distinguir la tentativa del delito consumado, sino para algo mucho anterior a ello: para definir si existe delito” (loc. cit., el resalte es del original). En términos sencillos: el tipo objetivo del delito de tráfico de influencias no requiere el logro del fin buscado por el agente, pero su tipo subjetivo sí exige que, además del dolo, dicho fin esté presente en la psiquis del autor.

Por lo tanto, la jurisprudencia costarricense de la Sala Tercera ha dejado claro que no es necesaria la materialización del resultado para considerar configurado el hecho delictivo, especialmente en delitos tan complejos como el tráfico de influencias. En su lugar, se debe determinar la existencia del elemento intencional como elemento subjetivo distinto del tipo penal para la configuración del delito.

Esta tesis es interesante, pero estima que la consecución del fin de

la influencia es parte de un elemento subjetivo distinto del dolo; una finalidad que persigue el sujeto activo. Sin embargo, no es necesario que esta se concrete o que el sujeto pasivo la acepte o ejecute, ya que el hecho de que el sujeto pasivo no sea influido no elimina la comisión del delito en general, pues la influencia ya se ha ejercido y debería ser penada.

La tercera tesis sostiene que el delito es de mera actividad o de peligro abstracto. A partir del análisis del tipo penal, creemos que esta tesis es la que se ajusta mejor a la literalidad del tipo penal. Consideramos que el tráfico de influencias es un delito de mera actividad, que se consume con el simple acto de influir, aprovechándose del cargo, situación personal o jerárquica. Además, cuando se menciona el beneficio o ventaja indebida para sí o para un tercero, se refiere a que dicha conducta podría concluir a alcanzar este fin, sin que sea necesario que realmente se logre el beneficio o ventaja buscada para que se configure el delito. Este aspecto se evaluaría desde la perspectiva del reproche a la acción delictiva en caso de que se alcance dicho fin.

Esta tesis cuenta con apoyo parcial en un reciente fallo del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José mediante la Resolución N.º 2024-601, que establece que, en relación con la ventaja indebida, a diferencia de lo que la Sala Tercera había señalado al considerar el delito como de resultado cortado, por las consideraciones del tipo penal costarricense —que difiere del español que respaldó anteriormente la postura de la Sala Tercera—, se trata de un delito de mera actividad. En este contexto, la ventaja está incluida en el dolo de influir, y solo en los casos donde se busca un beneficio patrimonial (como un elemento subjetivo distinto del dolo) se podría considerar como de resultado cortado, especificando:

[E]l delito de tráfico de influencias en Costa Rica (dada la forma en que lo planteó quien legisla) es un delito de mera actividad (como se desarrollará con más detalle luego), de donde no cabe, como se expone en la contestación, aludir a “no consumación” pues esta se da con la acción acusada. (...) Nótese cómo de la simple lectura del tipo penal es fácilmente perceptible que este sí menciona un propósito o fin ulterior pero solo en una de las modalidades de comisión (obtención de beneficio patrimonial)

pero, además, el tipo penal se puede configurar si se genera una ventaja indebida. La ventaja indebida es diferente del beneficio económico y es abarcada por el dolo (el sujeto sabe que está influyendo en otro por su situación jerárquica y que tal influencia generará una ventaja y lo quiere), de modo que no se requiere elemento subjetivo extra. Por ello, considerar que en este delito siempre hay elementos subjetivos del tipo diferentes del dolo es una conclusión errónea, que solo puede explicarse porque la Sala Tercera, cuyo voto reproduce acriticamente el órgano sentenciador y las partes, aluden a regulaciones de otras latitudes, que no fueron las plasmadas en Costa Rica, sin que la doctrina sea fuente que predomine sobre la ley. (...) Nótese que, a diferencia del tipo penal costarricense, el español sí requiere la obtención **únicamente** de un beneficio económico y si bien esta es una modalidad del ilícito en el país (caso en el cual sí se configura la existencia de un elemento subjetivo del tipo diferente del dolo que es el afán de obtención de tal beneficio por el funcionario y allí sí cabría tentativa al tratarse de un delito cortado de dos actos) en nuestro caso hay otros elementos adicionales, cuales son los de procurar ventajas indebidas, aspecto que ya no es subjetivo sino objetivo y debe verificarse si se dio o no y si fue abarcado por las diferentes modalidades de dolo.

Esta nueva tesis es interesante, pero se argumenta que, al igual que en los casos que generan un beneficio económico o una ventaja indebida, ambos son elementos subjetivos distintos del tipo penal. En palabras de Zaffaroni, se refieren a “ultra finalidades”, es decir, fines específicos que se buscan a través de la influencia. Esto implica que el dolo directo consiste en influir aprovechándose del cargo o de cualquier situación derivada de la posición personal o jerárquica, mientras que el elemento subjetivo distinto del dolo se refiere al propósito particular detrás de dicha influencia.

Se considera que el tráfico de influencias puede presentarse en cadena o escalera, es decir, cuando una persona influye en otra, quien a su vez influye en un funcionario público. En este sentido, se prevé la sanción para aquellos que se benefician de dicha influencia.

Otro tema que se ha debatido en Costa Rica es que el delito

de tráfico de influencias no se configura únicamente por una recomendación. En este contexto, existen jurisprudencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo las resoluciones N.º 00051-2010, 00005-2011, 01163-2011 y 01187-2012.

V. ¿Costa Rica implementó adecuadamente el artículo 18 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción?

Para responder a esta pregunta, es fundamental comparar ambos supuestos de hecho. Para ello, utilizaremos las disposiciones de ambas normas en el siguiente cuadro comparativo:

Artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	Artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción costarricense
a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión	El tipo penal no prevé la promesa, ofrecimiento o concesión, ya que forma parte de otros tipos penales como la concusión o la penalidad del corruptor.
A un funcionario público o a cualquier otra persona	Sí se prevé que sea para sí o un tercero.
En forma directa o indirecta	Sí se prevé que sea de forma directa o indirecta.
De un beneficio indebido	El tipo penal costarricense va más allá, ya que habla de ventaja o beneficio económico indebido.

<p>Con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una Administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.</p>	<p>El tipo penal en estudio es más amplio en su modalidad de comisión: implica influir en un servidor público aprovechándose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con éste o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones.</p>
<p>b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona.</p>	<p>No se contempla en el tipo penal.</p>
<p>En forma directa o indirecta.</p>	<p>Sí está contenido en el tipo penal.</p>
<p>De un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona.</p>	<p>Sí está contenido en el tipo penal.</p>
<p>Con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una Administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.</p>	<p>Sí está contenido.</p>

	<p>El tipo penal costarricense tiene dos particularidades que lo refuerzan:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Penaliza a quien utiliza la influencia.2. Agrava la conducta en caso de que el implicado sea el presidente o el vicepresidente de la República, los miembros de los Supremos Poderes y del Tribunal Supremo de Elecciones, el contralor o el subcontralor generales de la República; el procurador general o el procurador general adjunto de la República, el fiscal general de la República, el defensor o el defensor adjunto de los habitantes, así como el superior jerárquico de quien debe resolver o los miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.
--	--

VI. Conclusiones

Tras analizar el tipo penal de tráfico de influencias en Costa Rica, queda claro que este delito puede ser cometido por cualquier persona como sujeto activo, lo que significa que no es necesario ser funcionario público para incurrir en él. Por lo tanto, no se trata necesariamente de un delito especial, salvo en los casos en que se abuse del cargo o de la jerarquía.

La acción típica se configura cuando, de manera dolosa, el sujeto activo influye (verbo) en un servidor público (sujeto pasivo), aprovechándose de su cargo o de cualquier situación derivada de su posición personal o jerárquica, ya sea de forma real o simulada.

Los elementos objetivos del tipo penal se refieren a influir aprovechándose del cargo, la situación personal o la jerarquía, con el propósito de que el servidor público realice, retrase u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución que le corresponda en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, la construcción del tipo penal establece que debe existir una finalidad ulterior, es decir, un elemento subjetivo distinto del dolo, que implica que el objetivo del sujeto activo sea generar, directa o indirectamente, un beneficio económico o una ventaja indebida, ya sea para sí mismo o para otro.

Desde la perspectiva del cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción por parte de Costa Rica, se considera que el tipo penal incluye la mayoría de los elementos requeridos por el artículo 18 del instrumento normativo.

Existen corrientes ideológicas en Costa Rica que sostienen que el delito en cuestión es de resultado. Sin embargo, esta interpretación no se ajusta a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo y, por ende, no refleja el propósito del tipo penal que fue regulado específicamente para cumplir con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Una interpretación literal del tipo penal permite afirmar que se trata de un delito de mera actividad, que se

consume simplemente al influir aprovechándose del cargo, situación personal o jerárquica sobre un servidor público para que este realice u omita diversas acciones.

Bibliografía

Doctrina

Banco Interamericano de Desarrollo (2020, febrero). *Documento de Marco Sectorial de Transparencia e Integridad. División de Innovación para Servir al Ciudadano*. <https://www.cfatf-gafic.org/es/home/investigacion-del-gafic/632-el-bid-publica-un-nuevo-documento-marco-del-sector-de-transparencia-e-integridad>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, 6 de diciembre). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

Molina Ruíz, W. (2009). *Delitos Funcionales*. (1a ed.). Escuela Judicial.

Real Academia Española (2024). Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/prevalerse>

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal, parte General*. (1a ed.). Editorial Ediar.

Normativa

Legislación nacional

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2004, 6 de octubre). *Ley N.° 8422, Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*.

Poder Ejecutivo (2005). *Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N.° 8422*.

Convenios internacionales

Organización de las Naciones Unidas (2003). *Convención de las*

Naciones Unidas contra la Corrupción.

Organización de las Naciones Unidas (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada.*

Organización de Estados Americanos (1996). *Convención Interamericana contra la Corrupción.*

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (1997). *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.*

Jurisprudencia

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2010, 3 de febrero). Resolución N.° 00051-2010.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2011, 14 de enero). Resolución N.° 00005-2011.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2011, 22 de septiembre). Resolución N.° 01163-2011.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2012, 17 de agosto). Resolución N.° 01187-2012.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2017, 20 de octubre). Resolución N.° 967-2017.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2019, 25 de abril). Resolución N.° 2019-00395.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (2020, 17 de enero). Resolución N.° 2020-00054.

Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica (2022, 20 de septiembre). Resolución N.° 01362-2022.

Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica (2024, 11 de abril). Resolución N.° 2024-601.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica (2024, 17 de junio). Resolución N.° 2024-1015.

Convenios internacionales y legislaciones domésticas anticorrupción: un ensayo comparativo entre Brasil y Perú

Lucio Alves Angelo Jr.¹

Rafael Ferro Angelo²

Sumilla

Las leyes anticorrupción de Brasil y Perú han sido influenciadas por la ratificación de convenios multilaterales sobre la materia por ambos países. Este artículo examina los tipos penales relacionados con el cumplimiento de dicha normativa y los esfuerzos realizados para adecuarse a los estándares internacionales, su transposición a las respectivas legislaciones y cómo ello resultó en semejanzas y diferencias en la tipificación de delitos, destacándose avances y lagunas. Como conclusión, se puede afirmar que la relativa consonancia existente entre los dos sistemas no impide la cooperación a través de tratados bilaterales en el marco de las convenciones.

Palabras claves

Corrupción, convenios internacionales, legislaciones domésticas, Brasil, Perú

I. Introducción

La necesidad de enfrentar la corrupción ha adquirido un carácter universal, principalmente a fines del siglo XX y principios del siglo XXI, debido a la percepción de que sus efectos se propagan a través de los sistemas económicos y generan múltiples consecuencias negativas (Rodríguez-García, 2011, p. 21). En este contexto, se ha

1 Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca (USAL), España y Magíster en Administración Pública por la *Universidade de Brasilia* (UnB) Brasil. Abogado de la Nación en la Procuraduría Nacional de Asuntos Internacionales de la Abogacía General de la Nación, Brasil. Correo electrónico: lucio.alves@usal.es

2 Estudiante de Magíster en Evaluación y Monitoreo de Políticas Públicas por la *Escola Nacional de Administração Pública* (ENAP) y Especialista en Ciencias Policiales por la *Escola Superior de Polícia Federal* (CESP/ANP). Agente de Policía Federal, Brasil. Correo electrónico: raf_ferro@yahoo.com.br

considerado cómo las medidas legales e institucionales podrían mermar estos perjuicios y mejorar la eficiencia de los gobiernos en general (Rose-Ackermann, 2007, xv). En el continente americano, principalmente en América Latina, ni Brasil ni Perú han sido ajenos a este fenómeno, ya que ambos países han adherido progresivamente diversos instrumentos multilaterales respecto de la materia y, consecuentemente, adaptado sus legislaciones a nuevos estándares ya ampliamente reconocidos como efectivos para la prevención y sanción de actos de corrupción. En ambas jurisdicciones, al igual que en muchos países sudamericanos, las leyes penales suelen ser adoptadas por defecto, sin perjuicio de otros tipos de responsabilización por el mismo hecho (Feitosa Almeida, 2020, p. 328). Por ello, esta legislación será el enfoque principal de este ensayo.

El objetivo general del artículo es comparar algunos rasgos sustantivos de las leyes anticorrupción de Brasil y Perú según los tipos penales concebidos por cada uno de los países, sin olvidar los parámetros normativos a los que se han vinculado tras la ratificación de tratados multilaterales de ámbito regional y global. De forma más específica, se identificarán los principales instrumentos internacionales en este contexto y se examinarán algunos de los tipos penales previstos en ellos, para luego analizar sus repercusiones en las legislaciones nacionales y, finalmente, compararlas.

La metodología se basa principalmente en la investigación bibliográfica y el análisis de las normativas nacionales e internacional, con el fin de destacar los fundamentos teóricos en la lucha contra la corrupción y cómo su expansión ha llevado a cada país a adecuar sus legislaciones a las nuevas exigencias de la comunidad global. Las conclusiones abordan las posibles semejanzas y diferencias encontradas entre los dos países investigados, tras el análisis de sus sistemas respectivos, aunque de forma no exhaustiva.

II. La adhesión de Brasil y Perú a los convenios multilaterales anticorrupción

En la actualidad, el más célebre y amplio convenio internacional

en materia de corrupción es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (*UNCAC*, por su sigla en inglés), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a fines de 2003 y en vigor desde diciembre de 2005. La propia Organización de las Naciones Unidas la reconoce como “el único instrumento universal anticorrupción legalmente vinculante”³, lo que resalta su gran alcance. Brasil firmó la *UNCAC* el 9 de diciembre de 2003 y la ratificó el 15 de junio de 2005, siendo promulgada en su territorio mediante el Decreto N.º 5.687 de 2006⁴. Por su parte, Perú ratificó la convención un poco antes, el 16 de noviembre de 2004, tras haberla firmado el 10 de diciembre del año anterior. El Congreso de la República aprobó su ratificación mediante la Resolución Legislativa N.º 28357 el 30 de septiembre de 2004⁵, antes de que el convenio internacional entrara en vigor.

Las finalidades de la *UNCAC*, explícitamente declaradas en el artículo 1, son promover fortalecer “medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”; promover, facilitar y apoyar “la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos” y promover “la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”. En este contexto, este artículo se enfoca en su Capítulo III, que aborda las medidas de penalización y aplicación de la ley a través del uso de fórmulas de tipificación de conductas, específicamente en los artículos 15 a 25 según las descripciones afectas al Derecho Penal. Las modalidades de delitos identificadas incluyen: el soborno a funcionarios públicos nacionales (art. 15); el soborno a funcionarios extranjeros y empleados de organizaciones internacionales públicas (art. 16); la malversación o peculado, y la apropiación indebida u otras formas de desvío de bienes por parte de funcionarios públicos (art. 17); el

3 Traducción libre del inglés: “*The United Nations Convention against Corruption (UNCAC) is the only legally binding universal anti-corruption instrument*”. Véase en: <https://www.unodc.org/corruption/en/uncac/learn-about-uncac.html>

4 Véase en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm

5 Véase en: https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/normativa/resolucion_legislativa_28357-que_aprueba_convencion_onu_contra_corrupcion.pdf

tráfico de influencias (art. 18); el abuso de funciones (art. 19); el enriquecimiento ilícito (art. 20); el soborno en el sector privado (art. 21); la malversación de bienes o peculado en el sector privado (art. 22); el blanqueo de productos del delito (art. 23); el encubrimiento (art. 24) y la obstrucción de la justicia (art. 25).

Por otro lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, CICC) fue adoptada el 29 de marzo de 1996 en Caracas, Venezuela, y entró en vigor el 6 de marzo de 1997. Es mundialmente reconocida, incluso por la propia Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), como el “primer instrumento jurídico internacional en este campo”. La CICC incluye entre sus fundamentos “el reconocimiento de la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento de tal carácter que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla”⁶. Brasil ratificó la CICC el 10 de julio de 2002⁷, mientras que Perú lo hizo más de cinco años antes, el 4 de abril de 1997⁸. La convención tiene como propósito promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos de prevención, detección, sanción y erradicación de actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, y los específicamente vinculados con tal ejercicio, así como promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados miembros (art. II).

El contenido de la convención, aunque no establece ningún nomen juris para la mayoría de los delitos que tipifica, los define como “actos de corrupción” y describe conductas típicas relacionadas con el cohecho pasivo y activo (art. VI.1.a y VI.1.b, respectivamente), con el abuso de funciones (art. VI.1.c) y con el aprovechamiento doloso y la ocultación de bienes (art. VI.1.d). Además, otros artículos de la Convención reconocen la necesidad de que los Estados miembros tipifiquen en sus legislaciones los delitos de soborno transnacional activo (art. VIII) y de enriquecimiento ilícito (art. IX).

En el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), se aprobó la Convención para

6 Véase en: http://www.oas.org/juridico/spanish/faq_ac_sp.htm

7 Véase en: <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/paises-pais.html?c=Brasil>

8 Véase en: <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/paises-pais.html?c=Peru>

Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Adoptada el 20 de noviembre de 1997, fue ratificada por Brasil el 22 de octubre de 2000 y promulgada internamente por el Decreto N.º 3.678 de 2000⁹. Perú ratificó la convención a mediados de 2018 y la aprobó mediante la Resolución Legislativa N.º 30769 del 16 de mayo de 2018, y el Decreto Supremo N.º 011-2018-RE del 18 de mayo de 2018¹⁰.

Este instrumento contempla el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, estableciendo que cada parte deberá adoptar medidas para tipificarlo como un delito penal según su derecho. Los actos (o complicidad en ellos) de ofrecer, prometer o conceder “cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero” para que “actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales”, sea de modo directo o a través de intermediarios, para beneficio propio o de terceros (art. 1.1), tiene nítida cercanía con la forma activa de cohecho, resaltando que la conducta del agente que recibe el soborno no se tipifica como cohecho pasivo en este convenio.

Así, este conjunto de tratados internacionales subraya que la corrupción no tiene un sentido único en este plano normativo, sino que revela un fenómeno amplio y multifacético. Sin embargo, estos convenios sirven como parámetros fiables, tanto de naturaleza técnica como geopolítica, con aptitud para guiar las actuaciones legislativas de los respectivos Estados miembros, inclusive aquellos seleccionados para este breve estudio. En ese sentido, aunque la adhesión formal conlleva un compromiso de cumplimiento frente a la comunidad internacional, esto no implica efectos automáticos en el ámbito doméstico, cuya conformación siempre (o casi) depende de otros procesos especiales para esta finalidad, especialmente cuando todavía no preexisten reglas nacionales con el mismo cariz.

9 Véase en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm

10 Véase en: <https://transparencia.reee.gob.pe/index.php/datos-generales-11/13-normas-emitidas-por-la-entidad/133-decretos-supremos-ds/ano-2018-21/12882-ds-n-011-2018-re/file>

III. Trasposición y aspectos de los ordenamientos nacionales

No es ninguna novedad que la expresión “corrupción” comporta múltiples sentidos e interpretaciones según cada cultura y régimen normativo (Rose-Ackerman y Palifka, 2019, pp. 5-7.) Lo que puede considerarse una forma de corrupción penalmente punible en un país puede ser visto como un acto aceptable en otro, según la cultura, e incluso recibir un tratamiento menos severo en el marco de las sanciones establecidas en otra rama del derecho, como la administrativa o la civil. No obstante, a partir del análisis de los dispositivos internacionales mencionados previamente, es posible reconocer diversos rasgos de unidad que se reflejan en los ordenamientos nacionales de los Estados-parte.

Así, aunque formalmente Brasil y Perú ostentan un estatus equivalente en cuanto a la adhesión y ratificación de los contenidos de cada uno de los convenios, es razonable, y de cierta forma esperable, que al trasladar los delitos a sus respectivos ordenamientos internos surjan algunas diferencias. Por esta razón, se describirán de qué manera se han manejado algunas reglas en cada uno de los sistemas nacionales involucrados, a fin de poder realizar una comparación. Aunque no se analizará de manera exhaustiva cada etapa de los procesos legislativos de incorporación, es interesante destacar que cada uno de ellos culmina con un instrumento legal propio para la respectiva jurisdicción, que adquiere fuerza vinculante tras su promulgación por las respectivas Presidencias.

1. La corrupción en la constitución y las leyes de Perú

De la lectura de la Constitución Política del Perú¹¹ se revela que la palabra “corrupción” no aparece en ninguna parte. Sin embargo, esto no impide ignorar que diversos pasajes, de manera directa o indirecta, reflejan una preocupación por rechazarla de una u otra manera. Un ejemplo claro se encuentra en el artículo 41, que impone a los funcionarios y servidores públicos el deber de presentar una declaración jurada de sus bienes y rentas con la finalidad de evitar

11 Véase en: <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=1>

el enriquecimiento ilícito. A ello se añade la previsión de un plazo duplicado para la prescripción de la acción penal en caso de delitos cometidos contra la Administración pública o el patrimonio del Estado, incluso si son perpetrados por particulares.

En el plano legislativo, el Código Penal se erige¹² como la principal norma que tipifica los delitos relacionados con la corrupción en el Perú, lo que no es ninguna sorpresa. Este código, en consonancia con la Constitución, establece que las penas no son exclusivamente aplicables a funcionarios públicos, sino que pueden extenderse a otras personas involucradas en actos de corrupción. A diferencia de la Constitución, el Código Penal vigente utiliza el término “corrupción” en cuatro ocasiones. La primera mención, incluida en el texto desde la versión original de 1991, se encuentra en la Sección IV (del capítulo que trata sobre delitos cometidos por funcionarios públicos), que trata genéricamente la “corrupción de funcionarios” en los artículos 393 a 401. Estos artículos guardan una relación estrecha, sino idéntica, con la figura clásica del cohecho. Las otras menciones más recientes han sido incorporadas al Código a través de los artículos 241-A y 241-B, que se refieren a actos llevados a cabo en el ámbito o al interior de entidades privadas. Además, el artículo 396, que aborda la “corrupción” pasiva de auxiliares jurisdiccionales, pero que también hace referencia a una forma anterior de cohecho. Sin embargo, el cohecho y los actos en el ámbito privado son apenas una fracción de las conductas tipificadas como delitos de corrupción en el Código Penal de Perú. Partiendo de la premisa de que estos delitos implican la obtención de una ventaja indebida en función de la posición de una persona, se asemejan conceptualmente a lo que Malem Seña (2000, p. 28) define como la obtención de un “beneficio extraposicional” de cualquier naturaleza, ya sea para sí mismo o para terceros.

El Código Penal peruano establece diversos delitos relacionados con la corrupción, comenzando con el abuso de autoridad, que condiciona ilegalmente la entrega de bienes y servicios (art. 376-A). A esto se suman el otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (art. 376-B), la concusión (art. 382), la colusión (art. 384), el patrocinio ilegal (art. 385), el peculado (art. 387) y el peculado de

12 Decreto Legislativo N.º 635, publicado el 8 de abril de 1991. Véase en: <https://diariooficial.peruano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=2>

uso (art. 388), así como la malversación de fondos (art. 389). Dentro de este marco, se presentan distintas modalidades de la figura de la corrupción por excelencia: el cohecho. Este se subdivide en la ley como cohecho pasivo, que se clasifica como propio (art. 393, CP), cuando la solicitud de una ventaja o beneficio indebido se relaciona con la práctica u omisión de un acto ilegal en violación de sus deberes; impropio (art. 394, CP), cuando se acepta una ventaja por realizar un acto propio de su cargo, aunque no sea ilícito, más allá del cohecho pasivo específico (art. 395-C), que se limita a magistrados, árbitros, fiscales, peritos, miembros de tribunal administrativo o cualquier otro análogo. Además del cohecho pasivo propio (art. 395-A) e impropio (art. 395-B) en el ejercicio de la función policial; del cohecho activo genérico (art. 397) y específico (art. 398); y el cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398-A).

Recientemente se han añadido al Código Penal dos delitos dedicados a sancionar actos de corrupción que trascienden las fronteras nacionales: el soborno internacional pasivo (art. 393-A) y el cohecho activo transnacional (art. 397-A). Estos dos tipos penales no solo se destacan por su dimensión “geográfica”, sino también por su conexión con los tres convenios analizados en el capítulo anterior. Sin embargo, mientras todos los convenios han rechazado a la figura activa, solo la UNCAC incluyó una disposición, aunque de forma no obligatoria (UNODC, 2012, pp. 60-61), sobre la necesidad de tipificar la conducta del funcionario público extranjero o de una organización internacional pública que solicita o acepta, de forma directa o indirecta, un beneficio indebido con el fin de actuar o abstenerse en el ejercicio de sus funciones oficiales (art. 16.2). En ese sentido, la ley peruana ha logrado notablemente introducir una modalidad pasiva que va más allá de la obligatoriedad de las convenciones, lo que demuestra ser un hito en comparación con otros marcos nacionales, sirviendo como ejemplo.

Asimismo, otros delitos no menos importantes contemplados en el Código Penal y relacionados con la normativa internacional anticorrupción son la negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (art. 399), el tráfico de influencias (art. 400), el encubrimiento real (art. 405) y el enriquecimiento ilícito (art. 401). Este último se caracteriza por “el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que

no pueda ser razonablemente justificado por él”, según la *UNCAC*. Al igual que la convención global, la *CICC* tampoco parece haberlo preceptuado de forma obligatoria a los países miembros, similar a lo que hizo respecto al soborno transnacional pasivo. Sin embargo, Perú se puso otra vez a la delantera al incluir en su legislación el delito de enriquecimiento ilícito.

Además del Código Penal, otro marco importante en la legislación peruana es la Ley Penal contra el Lavado de Activos (Ley N.º 27765, del 26 de junio de 2002)¹³. Esta ley, junto con otras innovaciones legislativas que han sucedido principalmente a lo largo del último cuarto de siglo, demuestra que muchas figuras típicas han sido incorporadas progresivamente al plexo normativo nacional, reflejando la naturaleza dinámica del fenómeno de la corrupción y de sus manifestaciones.

2. La corrupción en la constitución y las leyes de Brasil

En la Constitución de la República Federativa del Brasil¹⁴, la palabra “corrupción” aparece una única vez en el párrafo 10 de su artículo 14, que se refiere a los derechos políticos¹⁵, aunque en un contexto limitado y de poca utilidad para este estudio. Sin embargo, aunque sin una correspondencia a la expresión exacta, al igual que Perú, el poder constituyente brasileiro no ha dejado de registrar su repudio a la corrupción pública por medio de disposiciones como su artículo 37, § 4º, que determina que:

Los actos de improbidad administrativa implicarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y graduación previstas por la ley, sin perjuicio de la acción penal correspondiente¹⁶.

13 Véase en: <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/informes-publicaciones/3034609-ley-n-27765>

14 Véase en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

15 El § 10 así dispone: “*O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude*”.

16 Traducción libre del portugués.

Además, al interpretar el § 5º del artículo 37, el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha acogido la tesis de que “son imprescriptibles las acciones de resarcimiento al erario fundamentadas en la práctica de un acto doloso tipificado en la Ley de Improbidad Administrativa”¹⁷, que será analizada más adelante.

En Brasil, muchas actuaciones en el ámbito legislativo se han referido explícitamente a la necesidad de alinearse a la normativa internacional mencionada¹⁸, más allá de los delitos que ya se encontraban previstos en su Código Penal (en adelante, CPB) y en otras leyes. Un análisis del código permite identificar una vez más las formas de cohecho activo (art. 333), pasivo (art. 317), y activo en transacción comercial internacional (art. 337-B). Aunque se emplea la terminología “corrupción” activa y pasiva, no genera perjuicios interpretativos en cuanto a sus contenidos penalizadores. Las descripciones que hace la UNCAC para el delito de “malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público”, en su artículo 17, encuentran correspondencia en los artículos 312 y 315 del Código Penal. Asimismo, el lavado de activos (o “blanqueo del producto del delito”, según el lenguaje de la UNCAC) se hace presente en el artículo 1 de la Ley N.º 9.613/98¹⁹, mientras que la obstrucción se aborda en los artículos 343 y 344 del Código Penal y en el artículo 2º, § 1º de la Ley N.º 12.850/2013²⁰. Igualmente, se tipifican el tráfico de influencias doméstico (artículo 332 del CPB) y transnacional (art. 337-C de la misma ley), ambos en sus modalidades “pasivas”, el abuso de funciones (arts. 319, 322 y 350 del CPB) y la receptación (art. 180 del CPB), esta última correspondiente a una forma de encubrimiento.

17 Idem. Supremo Tribunal Federal. Tema 897 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa. RE 852475. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 08/08/2018. Publicação: 25/03/2019. Véase en: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>

18 La Ley N.º 10.467/2002 es un buen ejemplo, pues ha introducido los delitos de cohecho activo y tráfico de influencias en transacciones comerciales internacionales al Código Penal de Brasil.

19 Véase en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm

20 Véase en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

Tras muchos años de espera, Brasil finalmente ha tipificado, a mediados de 2023, una hipótesis de corrupción privada: se trata del artículo 165 de la norma conocida como Ley General del Deporte²¹, cuya descripción tipifica conductas como:

Exigir, solicitar, aceptar o recibir una ventaja indebida, como representante de una organización deportiva privada, para favorecerse a sí mismo o a terceros, directa o indirectamente, o aceptar la promesa de una ventaja indebida, con el fin de realizar u omitir un acto inherente a sus atribuciones

A pesar del relativo avance, sin dudas esta modalidad comporta diversos pasos en el futuro.

Por otro lado, Brasil no se ha encargado aún de establecer como delitos algunas figuras típicas preconizadas en la normativa internacional mencionada, como por ejemplo el enriquecimiento ilícito o de responsabilizar penal de las personas jurídicas por actos de corrupción practicados por su intermedio. Sin embargo, esto no significa que el país se encuentre inerte en relación a la imposición de sanciones por la comisión de estos actos ilícitos.

3. Semejanzas, diferencias y la cooperación entre Perú y Brasil

Como se ha señalado, la forma en que Brasil y Perú abordan el problema de la corrupción no es muy diferente, principalmente a través de sus leyes penales, aunque de acuerdo con las normas analizadas se puede percibir que la estructura y los niveles de detalle en cada una de las legislaciones no son perfectamente coincidentes. Un aspecto notable, incluso más evidente tras lo expuesto en los dos apartados anteriores, es que Brasil todavía no ha aprobado ninguna ley para criminalizar un delito de cohecho transnacional en su modalidad pasiva, como hizo Perú, lo que coloca al ordenamiento jurídico de este último en una posición más avanzada que los estándares mínimos exigidos por las convenciones. No obstante, muchas otras de estas diferencias, en lugar de constituir un escollo, facilitan la oportunidad de reflexionar sobre los múltiples modelos

21 Véase en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/////Ato2023-2026/2023/Lei/L14597.htm

sancionadores que son adoptados por los países más diversos para adecuarse a lo que disponen las convenciones internacionales, las cuales a menudo dejan deliberadamente un margen de maniobra de actuación según sus ordenamientos internos.

Un primer caso interesante es el peculado de uso, tipificado en Perú como delito por el artículo 388 de su Código Penal. En Brasil, la misma conducta no constituye un crimen, sino lo que su Constitución y su Ley N.º 8.429/92²² decidieron llamar “improbidad administrativa”. Esta categoría abarca actos ilícitos de extremada gravedad que conlleva sanciones civiles, políticas y administrativas correspondientes. En Perú la conducta consiste en un “funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use” bienes pertenecientes a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda; en Brasil, este acto constituye un acto de improbidad que implica enriquecimiento ilícito. Según los apartados IV y XII del artículo 9 de la ley, utilizar en obra o servicio particular cualquier bien mueble de propiedad o a la disposición de la Administración pública, así como el trabajo de servidores o terceros contratados, como el uso en provecho propio de bienes, rentas o valores pertenecientes a la administración, caracterizan actos de improbidad²³.

La referencia al enriquecimiento ilícito como forma de improbidad en Brasil (que comporta diversas hipótesis), impone igualmente la necesidad de un análisis comparativo con el delito previsto en la ley peruana. Bajo esta perspectiva, El artículo 401 del Código Penal de Perú describe una conducta semejante a la que se encuentra en el apartado VII del artículo 9 de la ley brasileña, que puede ser sintetizado, en los dos casos, por un incremento injustificado e ilícito del patrimonio de un servidor o funcionario, con abuso de su cargo. Sin embargo, es necesario subrayar que, en Brasil, el término “enriquecimiento ilícito”, por lo menos en comparación con el delito en Perú, abarca una gama más amplia de conductas que pueden encajar en esta definición. El encabezado del mencionado artículo 9 establece que:

22 *Lei de Improbidade Administrativa*. Véase en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

23 Paráfrasis según traducción libre de los autores.

Constituye acto de improbidad administrativa, implicando enriquecimiento ilícito, obtener, mediante la práctica de un acto doloso, cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida en razón del ejercicio de un cargo, mandato, función, empleo o actividad en las entidades referidas en el art. 1º de esta Ley, y especialmente²⁴: (...)

Así, se observa que el enriquecimiento ilícito en Brasil, por lo menos de acuerdo con la ley de improbidad, se asemeja mucho más a una consecuencia de un rol (ejemplificativo) de conductas establecidas que a una descripción típica, específica y definida, como en Perú, lo que permite plantear cuestiones respecto de una posible carencia, para los actos de improbidad, de una dogmática propia. Un indicador claro de esta situación es que su definición y naturaleza casi siempre son establecidas tras al análisis de las descripciones legales de los actos que la caracterizan y de las sanciones (no penales, presentes en el artículo 12 de la ley, es importante subrayar) a que se sujetan los que practican dichas conductas.

Avanzando en el análisis de los posibles puntos de contacto entre las legislaciones de Brasil y Perú, se destaca que no existe un tratado bilateral dedicado específicamente al enfrentamiento de la corrupción, ni a las diversas modalidades de cooperación que se podrían abarcar de forma más amplia, es decir, fuera del ámbito penal. Es esencial subrayar que los esfuerzos dedicados a la armonización legislativa, promoviendo un acercamiento y comprensión mutua de los rasgos que les son peculiares (Gascón Inchausti, 2007, p. 44; Rodríguez-García, 2008, p. 283), especialmente de aquellos que no se muestran comunes (por ejemplo, la falta de doble tipicidad penal respecto de algunos dispositivos, como se ha señalado), son medidas antecedentes que facilitan la cooperación, tanto en relaciones bilaterales como multilaterales.

En este contexto, es relevante mencionar al “Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal”, vigente entre ambos países, firmado el 21 de octubre de 2004, que establece mecanismos de cooperación mutua para investigaciones y procesos penales (exclusivamente).

24 Traducción libre del dispositivo.

Aunque no se puede afirmar que este tratado haya sido influenciado por los convenios multilaterales contra la corrupción mencionados, dicho instrumento sin duda vino a reforzar la cooperación entre Brasil y Perú, generando sinergias en relación con la normativa internacional. Este tratado, más allá de la asistencia jurídica mutua, aborda temas como investigaciones, obtención e intercambio de pruebas, decomiso y la recuperación de activos relacionados con diversos delitos. En la misma línea penal, también es significativo el Tratado de Extradición entre la República Federativa de Brasil y la República del Perú, celebrado en Lima el 25 de agosto de 2003.

Finalmente, aunque se tratan de convenios multilaterales, Brasil y Perú, al ratificar la *UNCAC*, la *CICC* y el Convenio Anticohecho de la OCDE, han abierto la puerta a una cooperación bilateral con un amplio abanico de posibilidades que allí se encuentran dispuestas, incluso no penales, para la lucha contra la corrupción, el blanqueo de capitales y el soborno transnacional, entre otras formas de corrupción.

IV. Conclusiones

A lo largo de esta breve investigación comparativa, ha sido posible identificar muchos puntos de contacto entre las actuaciones de Brasil y Perú en el ámbito de la normativa internacional relacionada con los delitos de corrupción. Sin embargo, al intentar trasladar las obligaciones asumidas en el plano internacional a los respectivos ordenamientos penales internos, se han observado algunas (esperadas hasta cierto punto) asimetrías, aunque estas no llegan a poner en riesgo sus compromisos dentro del margen de flexibilidad permitido por las convenciones.

De todos modos, la buena noticia es que, en general, los dos países parecen tener más similitudes que diferencias, a pesar de que muchos dispositivos sancionadores poseen grados distintos de penalización y no siempre están contemplados bajo una ley penal en sentido estricto, lo que puede generar dificultades de cooperación internacional. Ello, finalmente, demuestra que existe un nivel de armonía mínima entre los sistemas involucrados, reforzada por el sistema común de *civil law*. Sin embargo, como se ha visto, todavía encierra muchos avances,

principalmente en el ámbito de la cooperación bajo el amparo de los tratados bilaterales ya firmados. De esta manera, se espera que Brasil y Perú, a través de sus instituciones, refuercen sus acciones conjuntas en la lucha contra la corrupción y consideren una actuación más concertada en el ámbito de los convenios multilaterales que también han ratificado.

Bibliografía

Feitosa Almeida, M. E. (2020). *Captura y corrupción política en Sudamérica: fundamentos para la edificación de un sistema regional de integridad política* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. <https://gredos.usal.es/handle/10366/145497>

Gascón Inchausti, F. (2007). *El decomiso transfronterizo de bienes*. Colex.

Malem Seña, J. F. (2000). *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Gedisa.

Rodríguez-García, N. (2008). Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza. In L. Bujosa Vadell (Ed.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (pp. 271–301).

Rodríguez-García, N. (2011). La creación de un espacio judicial europeo penal. Aportes de los mecanismos de organización y coordinación de la cooperación judicial. *IUSTITIA*, 0 (9). <https://doi.org/https://doi.org/10.15332/iust.v0i9.891>

Rose-Ackerman, S. (2007). *International handbook on the economics of corruption*. Edward Elgar Publishing.

Rose-Ackerman, S., y Palifka, B. J. (2019). *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reformas* (2ª ed.). Marcial Pons.

UNODC. (2012). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*.

El arbitraje como herramienta para luchar contra la corrupción – Retos y posibles soluciones

Antonio Gordillo Fernández de Villavicencio ¹
Nicolás Cely Bustacara ²

Sumilla

Este artículo tiene como propósito demostrar que el arbitraje, utilizado correctamente, puede ser una herramienta eficaz en la lucha contra la corrupción. En la primera sección, los autores explican los beneficios que ofrece el arbitraje para sancionar actos corruptos. En la segunda sección, los autores identifican áreas de mejora en el sistema arbitral y proponen soluciones para fortalecerlo, con el objetivo de convertirlo en un mecanismo robusto y eficiente contra la corrupción.

Palabras clave

Arbitraje, entidades estatales, corrupción, desafíos, soluciones

I. Introducción

La corrupción, como mal endémico a nivel global, no es ajena al arbitraje. Su contacto con el arbitraje puede presentarse en, al menos, tres formas.

En primer lugar, la corrupción puede constituir el fundamento de alegaciones – normalmente de defensa – formuladas en el marco de un arbitraje.

En segundo lugar, la corrupción puede afectar, excepcionalmente, a los árbitros que deben resolver una disputa.

1 Socio de Gordillo Arbitration, Asistente honorario de la Universidad de Sevilla y abogado colegiado en Madrid y París. Trabaja como árbitro y abogado de parte en arbitrajes internacionales. Correo electrónico: antonio@gordillofdv.com

2 Doctorando en derecho internacional económico de la Universidad de Ottawa y abogado colegiado en Colombia. Ha trabajado en procesos internacionales de arbitraje como abogado de parte. Correo electrónico: nicolas.cely@outlook.com

En tercer lugar, la corrupción puede estar en la propia naturaleza de un procedimiento arbitral ficticio iniciado con el único fin de llevar a cabo un fraude de ley.

En este artículo nos centraremos en el primero de los tipos de corrupción enunciados: aquel que concierne al modo en el que el arbitraje aborda las alegaciones de corrupción y puede ayudar a combatirla. Tras explicar por qué consideramos que el arbitraje es un mecanismo útil en la lucha contra la corrupción (**Sección II**), identificaremos los desafíos que afectan al arbitraje en su contacto con la corrupción y expondremos algunas propuestas para resolverlos (**Sección III**).

II. La utilidad del arbitraje en la lucha contra la corrupción

Los beneficios generales del arbitraje (**Sección 1**) y sus efectos sancionadores y disuasorios (**Sección 2**) lo convierten en un instrumento útil en la lucha contra la corrupción.

1. Los beneficios generales del arbitraje en la lucha contra la corrupción

Tres de las principales características del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos pueden ser útiles en la lucha contra la corrupción.

En primer lugar, la rapidez. En la mayoría de las jurisdicciones, el arbitraje es más rápido que la justicia estatal. Por ejemplo, según un estudio de la Asociación Americana de Arbitraje (s.f.), en los Estados Unidos, los casos litigados ante las cortes estatales pueden tardar alrededor de 34 meses en ser resueltos (incluyendo apelaciones), mientras que los casos resueltos mediante arbitraje pueden tardar alrededor de 12 meses (sin posibilidad de apelación). Los procedimientos rápidos y eficientes favorecen la respuesta eficaz a la corrupción.

En segundo lugar, la dedicación de los árbitros. Por norma general, los jueces estatales están más sobrecargados de trabajo que los árbitros. En consecuencia, los árbitros suelen tener más tiempo que los jueces para analizar en detalle tanto las alegaciones de corrupción

como la prueba.

En tercer lugar, la independencia e imparcialidad de los árbitros. En algunos países, la corrupción es un mal endémico. Por ejemplo, los famosos rankings globales de Transparency International, sobre percepción de corrupción, y World Justice Project, sobre respeto al Estado de derecho (que incluye una categoría sobre ausencia de corrupción), sitúan a varios países latinoamericanos entre los peores clasificados (Transparency International, 2023; World Justice Project, 2023). En un contexto así, la corrupción puede contaminar el proceso judicial en el que se está dirimiendo una disputa relacionada, precisamente, con corrupción. Este tipo de contaminaciones, en cambio, se producen muy rara vez en el arbitraje.

2. Los efectos sancionadores y disuasorios del arbitraje frente a la corrupción

El arbitraje puede sancionar la corrupción (**Sección a**) e incluso ejercer un efecto disuasorio frente a ella al favorecer la identificación de situaciones de corrupción (**Sección b**).

a. El arbitraje permite sancionar la corrupción

Los árbitros, por regla general, no pueden imponer una sanción penal o administrativa (cuestión distinta es si los árbitros pueden imponer multas a las partes, un tema que ha generado interesantes debates; en todo caso, dichas multas se limitarían a sancionar los incumplimientos por las partes de determinadas *órdenes del tribunal arbitral*, no de *normas administrativas o penales*). Los árbitros sí pueden, en cambio, derivar consecuencias jurídicas de la determinación de la existencia de un comportamiento corrupto. Esto ocurre tanto en arbitraje comercial como de inversiones:

En arbitraje comercial, los tribunales arbitrales han negado efectos a contratos tras considerar probado que éstos fueron suscritos mediante corrupción. El análisis suele diferir en función de si el derecho aplicable (o la formación de los árbitros) es continental o anglosajón. En un contexto *continental*, los tribunales suelen considerar que un contrato obtenido mediante corrupción es nulo o anulable por tener una causa ilícita. En un contexto *anglosajón*, en

cambio, los tribunales suelen aplicar la teoría de las “clean hands” (“manos limpias”), según la cual quien no tiene las manos limpias – como es el caso del corrupto – no puede ejercer una acción en justicia. Esta teoría ha sido aplicada en arbitraje internacional y se ha relacionado con principios romanos como el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (cuyo sentido literal es que “no se escucha a quien alega su propia torpeza”, lo que en la práctica se traduce en que nadie puede basar una reclamación legal en su propio acto ilícito) (Zwolankiewicz, 2021).

Por ejemplo, en un laudo emitido en el caso CCI N.º 3916, en 1982, el árbitro único aplicó la teoría de *clean hands* para declarar nulo un contrato entre el demandante, director de un departamento del Estado iraní, y la demandada, una empresa griega. El contrato tenía como objetivo el suministro de información para que la empresa griega obtuviese contratos con entidades públicas iraníes. Tras la revolución de 1979, la empresa griega se retiró de Irán habiendo pagado sólo una parte de las comisiones al demandante (Betz, 2017, p. 158). En su análisis de los hechos, el árbitro concluyó que el demandante había logrado obtener ciertos contratos para la empresa griega de forma sospechosamente rápida y que tenía influencia sobre las adjudicaciones estatales. En su análisis jurídico, el árbitro consideró que la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* puede ser aplicada para “paralizar” un contrato ilegal o, si éste ya se ejecutó, para impedir reclamaciones de restitución (Betz, 2017, p. 158). Además de declarar nulo el contrato, el árbitro desestimó las reclamaciones del demandante y lo condenó al pago de las costas del arbitraje.

En arbitraje de inversiones, los tribunales han utilizado tres enfoques diferentes para sancionar la corrupción del inversor extranjero.

El *primero* de estos enfoques consiste en analizar si la corrupción puede afectar a la jurisdicción del tribunal. En este contexto, es importante diferenciar si la fuente de jurisdicción del tribunal es un contrato o un tratado.

En el caso del arbitraje de origen contractual, el tribunal puede determinar su falta de jurisdicción si la cláusula de arbitraje fue suscrita en un contexto de corrupción. Por ejemplo, en el caso *Niko Resources c. Petrobangla y Bapex*, el tribunal, basándose en la

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, señaló que la corrupción puede traer como consecuencia la anulación o rescisión de un contrato y la retirada de derechos derivados del mismo (Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Petrobangla y Bapex, 2013, párr. 447). No obstante, el tribunal en ese caso concluyó que no se daban las circunstancias para considerar nulos o inválidos los contratos y las cláusulas de arbitraje contenidas en ellos, ya que los demandados no habían probado los supuestos actos de corrupción y ni siquiera habían cuestionado la validez de los contratos que dieron origen al arbitraje, que seguían en ejecución mientras éste estaba en curso (Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Petrobangla y Bapex, 2013, párrs. 462-464).

Cuando la cláusula de arbitraje está contenida en un tratado, los tribunales suelen analizar si la inversión realizada por medios corruptos cumple con las leyes del país receptor. En el caso *Metaltech c. Uzbekistán*, el tribunal consideró que la inversión se había apoyado en contratos de consultoría con personas cercanas al Presidente de la República cuya finalidad era, en realidad, facilitar el pago de sobornos encubiertos. En consecuencia, el tribunal concluyó que no tenía jurisdicción para resolver la disputa dado que la inversión se había establecido en flagrante violación de las leyes del Estado receptor (*Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, 2013, párr. 372).

El *segundo* enfoque utilizado por los tribunales arbitrales de inversión se centra en la admisibilidad de las pretensiones. Por ejemplo, en el reciente caso *Worley c. Ecuador*, Worley alegó, entre otras cuestiones, que los procesos penales y administrativos iniciados contra ella por el Estado ecuatoriano tenían como fin entorpecer los pagos que le eran debidos. Sin embargo, el tribunal arbitral consideró que Worley había cometido actos de corrupción y resolvió, por mayoría, declarar sus reclamos inadmisibles (*Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, 2023, párr. 490).

El *tercer* y último enfoque que han adoptado los tribunales arbitrales de inversión es el de analizar los alegatos de corrupción como una cuestión que afecta al fondo de la disputa. Por ejemplo, el tribunal en *Kim y otros c. Uzbekistán* determinó que cualquier cuestión de soborno y corrupción ocurrida en ese caso con posterioridad a la inversión inicial debía ser abordada en la etapa de fondo de la disputa

(Vladislav Kim y otros c. República de Uzbekistán, 2017, párr. 553). Esta posición también fue compartida por la Prof. Stern en *Worley c. Ecuador*, pues ella, a diferencia de la mayoría del tribunal, consideraba que los reclamos del inversor no debían ser declarados inadmisibles sino ser rechazados de pleno, al estar basados en una inversión corrupta y, por tanto, no protegida. Según recoge el laudo final, en opinión de la Prof. Stern, “la admisibilidad debe ser un concepto limitado a los vicios procesales de una pretensión susceptibles de ser subsanados, mientras que una pretensión que se fundamenta en una inversión viciada por corrupción nunca es subsanable” (*Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, 2023, párr. 316, traducción no oficial del texto original).

Un ejemplo de arbitraje en el que el tribunal ha analizado los alegatos de corrupción en la fase de fondo es el caso *Lao Holdings c. Laos*. En él, el Estado acusó a los inversores norteamericanos, que operaban ciertos casinos, de haber cometido varios actos de corrupción. Entre las distintas acusaciones, el Estado alegó que los demandantes habían pagado más de USD 500.000 en sobornos para detener una auditoría que una firma estaba llevando a cabo sobre uno de sus casinos (*Lao Holdings N.V. contra la República Democrática Popular de Laos*, 2019, párrs. 128-129).

El tribunal desestimó los reclamos del inversor por no haber probado los supuestos incumplimientos del Estado. No obstante, en una suerte de *obiter dictum*, el tribunal hizo un análisis interesante acerca de las alegaciones de corrupción por parte del Estado. El tribunal aceptó que, aunque dichas alegaciones no cumplieran con el estándar de prueba “clara y convincente”, la “probable existencia” de ciertos actos corruptos requería un análisis bajo la alegación general de la mala fe del inversor. En este sentido, el tribunal afirmó que “la iniciación de mala fe de algunas inversiones por parte de los demandantes y el cumplimiento de mala fe de otros acuerdos de inversión [...] proporcionan razones adicionales para denegar a la demandante LHNV el beneficio de la protección del Tratado” (*Lao Holdings N.V. contra la República Democrática Popular de Laos*, 2019, párrs. 278-280, traducción no oficial del texto original).

Por último, es importante notar que la existencia o tentativa de corrupción puede ser también alegada por los inversores en sus

reclamos contra los Estados, por lo que el arbitraje puede servir también para sancionar al Estado cuyos funcionarios han incurrido en corrupción. En particular, algunos tribunales han afirmado que la corrupción puede conllevar la violación por el Estado de sus obligaciones internacionales hacia los inversores extranjeros. Por ejemplo, en el caso *ECE c. República Checa*, el tribunal sostuvo que, de probarse que una decisión clave de las autoridades que afectaba al inversor habría estado contaminada por corrupción, podría dar lugar a la violación de otorgar un trato justo y equitativo al inversor (*ECE Projektmanagement International GmbH and Kommanditgesellschaft PANTA Achtungsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co c. República Checa*, 2013, párr. 4.738).

b. El arbitraje favorece la identificación de situaciones de corrupción

Los arbitrajes suelen involucrar una revisión exhaustiva, por parte de múltiples actores, de documentos, testimonios y prueba en general relativa a los hechos en disputa. En ese contexto, no es descabellado pensar que, si en una relación contractual particular ha existido corrupción, la prueba o los indicios de su existencia puedan surgir durante la revisión que se produzca en el marco de un arbitraje.

Dado que el arbitraje es, además, un mecanismo eficiente de resolución de disputas, puede defenderse que éste favorece la posibilidad de que se descubran con relativa rapidez situaciones de corrupción que, de otra manera, tardarían años en destaparse o ni siquiera serían identificadas.

Con estas premisas, el arbitraje podría tener un efecto disuasivo para aquellas partes tentadas de cometer actos de corrupción y que puedan preferir no hacerlo ante el temor de que un eventual arbitraje permita descubrir, sancionar y privar de efectos sus comportamientos ilícitos.

III. Propuestas para afrontar los desafíos del arbitraje en su lucha contra la corrupción

Si bien el arbitraje no es un sistema perfecto para luchar contra la

corrupción, pues debe hacer frente a ciertas dificultades (**Sección 1**), consideramos que existen soluciones accesibles para afianzar al arbitraje como una herramienta anticorrupción sólida (**Sección 2**).

1. Los desafíos del arbitraje en la lucha contra la corrupción

Existen, por un lado, desafíos que afectan directamente a la labor de los árbitros y, por otro lado, aquellos que afectan a la naturaleza del procedimiento arbitral.

En lo que concierne a la labor de los árbitros, cierta indefinición plantea dos dificultades:

En primer lugar, existen maneras contradictorias de afrontar la carga y valoración de la prueba de la corrupción. Mientras que algunos tribunales arbitrales exigen una *prueba irrefutable* de la corrupción, otros consideran suficiente identificar unos *indicios sólidos* de su existencia. Encontramos la primera de estas posturas, por ejemplo, en el caso *AHCA c. Congo*, en el cual el tribunal expuso que, debido a la relevancia de las consecuencias que se pretenden deducir de la determinación de la existencia de prácticas corruptas, el tribunal debe solicitar “pruebas irrefutables de dicha práctica, como las que resultarían de procesos penales en países donde la corrupción es un delito penal” (*African Holding Company of America, Inc. y Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. República Democrática del Congo*, 2008, párr. 52, traducción no oficial del texto original).

Los tribunales arbitrales que han aplicado la segunda postura, esto es, un estándar de prueba menos rígido, han analizado señales de alarma o “red flags” para evaluar hechos de corrupción. Dichas señales deben ser, no obstante, “claras y convincentes” (*Penwell Business Limited (by MegaCom) c. República de Kirguistán*, 2021, párr. 333). Por ejemplo, en el caso *Metal-Tech c. Uzbekistán* ya citado, que tenía su origen en la constitución de una *joint venture* entre un inversor israelí y dos instituciones estatales uzbecas, el tribunal no pudo encontrar una prueba irrefutable de corrupción, pero sí identificó una serie de indicios de la existencia de corrupción en la firma de unos contratos de consultoría entre el inversor y personas cercanas al presidente de la República. Estos indicios eran, entre otros, (i) el

monto desproporcionado de los pagos a los supuestos consultores, (ii) la falta de calificación de éstos, y (iii) la ausencia de prueba sobre la ejecución de los servicios de consultoría (Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán, 2013, párrs. 199, 293).

En *segundo lugar*, de manera general, no existe claridad respecto a si el árbitro que conoce de un hecho corrupto en el contexto de su arbitraje debe denunciarlo ante el juez penal. Los partidarios de que el árbitro deba denunciar los hechos suelen argumentar que éste tiene una función o rango similar al juez estatal, quien en un gran número de regímenes jurídicos tiene la obligación de poner en conocimiento de la jurisdicción penal todo delito conocido en el ejercicio de sus funciones (González García, 2013, p. 265). No obstante, algunos autores consideran que la denuncia del hecho corrupto escapa a la misión del árbitro, que éste no tiene la obligación legal o moral de denunciar hechos de corrupción, y que dicha obligación podría ser, incluso, contraria a su deber de confidencialidad (Jiménez López, 2022, pp. 7-12; González García, 2013, p. 265; Kreindler, 2006, p. 283.).

En cuanto a la segunda categoría de desafíos, que atañe a la naturaleza del procedimiento, podemos identificar, al menos, dos ejemplos:

En *primer lugar*, los arbitrajes ad hoc, que escapan al ámbito institucional, presentan el riesgo de la ausencia de control. Si las partes así lo desean, estos arbitrajes pueden nacer, morir y desplegar efectos sin que exista la menor fiscalización acerca de (i) el objeto y naturaleza de la disputa, (ii) la constitución y el proceder del tribunal arbitral, y (iii) las decisiones que en él se tomen.

En *segundo lugar*, la tradicional opacidad de los arbitrajes, derivada de su naturaleza mayoritariamente confidencial, puede favorecer la corrupción.

2. Soluciones accesibles para que el arbitraje sea más efectivo en la lucha contra la corrupción

Las dificultades identificadas en la sección anterior tienen, a nuestro juicio, soluciones relativamente sencillas.

En primer lugar, consideramos adecuado promover y, en determinadas

situaciones, imponer el arbitraje institucional con el fin de evitar arbitrajes clandestinos cuya propia naturaleza sea corrupta, o que puedan esconder prácticas corruptas. Un ejemplo a seguir en este sentido es la medida tomada en el Perú, mediante el Decreto de Urgencia N.º 020-2020, para prohibir el arbitraje ad hoc cuando estén implicadas entidades estatales y el monto en disputa sea superior a diez Unidades Impositivas Tributarias (UIT) (lo que, en la actualidad, representa alrededor de USD 14.000). Este tipo de medidas demuestran una confianza – justificada, a nuestro juicio – en las instituciones arbitrales para la fiscalización del procedimiento y la labor de los árbitros. Los Estados deberían velar, no obstante, porque estas instituciones cumplan con ciertos estándares para asegurar que operan correctamente.

En segundo lugar, estimamos necesario promover la transparencia en los arbitrajes que surgen de contratos con Estados y entidades estatales, por ser aquellos en los que son más frecuentes las situaciones de corrupción. A nivel global se han tomado medidas significativas a favor de la transparencia. Por ejemplo, los trabajos del CNUDMI en este sentido se plasmaron en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados. Esta Convención contiene disposiciones relativas a la publicación de información de los procedimientos de arbitraje, tales como las grabaciones y transcripciones de las audiencias, o los documentos y presentaciones de las partes (Convención de Mauricio sobre la Transparencia, 2014).

Asimismo, instituciones arbitrales como la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) han introducido prácticas dirigidas a incrementar la transparencia en el arbitraje. Desde hace unos años, la CCI publica la composición de sus tribunales arbitrales, y pregunta expresamente a las Partes si aceptan la publicación de los laudos arbitrales. En esta misma línea, el Club Español de Arbitraje publicó en 2019 su Código de buenas prácticas arbitrales, que contiene un capítulo sobre transparencia con recomendaciones para instituciones arbitrales. Dichas recomendaciones incluyen la publicación de (i) laudos, (ii) información relevante de los procesos arbitrales bajo su administración, e (iii) información sobre su estructura y funcionamiento (Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje, 2019, pp. 29-31).

Desde el plano legislativo, nos parece particularmente acertada la obligación establecida por el Perú de ordenar la publicación de la totalidad del procedimiento arbitral cuando éste involucre a una entidad estatal (Decreto de Urgencia N.° 020-2020, art. 51). Dicha publicación, no obstante, sólo puede tener lugar una vez el arbitraje ha concluido. Esta acotación nos parece, de manera general, atinada para evitar que injerencias externas puedan afectar al desarrollo del procedimiento.

En tercer lugar, sugerimos armonizar, mediante instrumentos internacionales, el estándar de valoración de la prueba por los tribunales arbitrales con relación a alegaciones o sospechas de corrupción. En particular, seríamos partidarios de generalizar que la presencia de una serie de indicios suficientemente incriminatorios pueda bastar para considerar probada la existencia de corrupción, sin que sea necesario presentar una prueba fehaciente del acto corrupto (un estándar, este último, más propio de la jurisdicción penal, como han señalado acertadamente algunos autores (González García, 2013, pp. 269-270; Jiménez López, 2022, pp. 15-17).

En cuarto lugar, somos partidarios de que se identifique claramente, a nivel nacional e internacional, (i) si el árbitro debe tomar acciones ante la jurisdicción penal en caso de tener conocimiento de actos de corrupción y, en su caso, (ii) cuáles deben ser esas acciones.

Algunos Estados han dado ya ciertos pasos en este sentido. Por ejemplo, en Singapur existe una ley contra el lavado de activos redactada de forma amplia que impone a los árbitros la obligación de informar a las autoridades competentes sobre hechos de corrupción (Hwang & Lim, 2012, pp. 47-50). De hecho, las reglas de arbitraje institucional del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur - SIAC prevén que el cumplimiento de leyes nacionales puede suponer una excepción a su deber de confidencialidad. En particular, el artículo 39.2(d) de la versión de 2016 identifica como una excepción al deber de confidencialidad el “cumplimiento de las disposiciones de la legislación de cualquier Estado que sean vinculantes para la parte que efectúa la revelación o la solicitud o requerimiento de cualquier organismo regulador u otra autoridad” (Reglamento SIAC, 2016, art. 39.2(d), traducción no oficial del texto original).

Por último, para que el arbitraje sea efectivo contra la corrupción, es fundamental que las partes y las instituciones confíen las disputas a árbitros neutrales y honestos, que tengan una excelente reputación y el reconocimiento del mercado y la comunidad arbitral.

IV. Conclusiones

1. El sistema arbitral ofrece una rapidez e independencia que le permite reaccionar eficazmente contra la corrupción. De hecho, como hemos demostrado, los tribunales arbitrales comerciales y de inversión llevan décadas atribuyendo consecuencias jurídicas a la existencia de actos corruptos, mediante la implementación de, entre otros, principios jurídicos como el de “clean hands”.
2. Hemos abordado los desafíos que, no obstante, puede plantear la corrupción para el arbitraje, y proponemos una serie de recomendaciones para fortalecer aún más el sistema arbitral contra prácticas corruptas. Estas recomendaciones incluyen la armonización de los estándares de valoración de la prueba para adoptar un enfoque basado en serios indicios en lugar de pruebas irrefutables de corrupción, y una regulación clara sobre el deber de los árbitros de denunciar ante las autoridades competentes aquellas prácticas corruptas de las que tengan conocimiento en el marco de un arbitraje.
3. Asimismo, resaltamos ciertas medidas implementadas por el Estado peruano en los procedimientos arbitrales en los que participen entidades estatales: la imposición – con salvedades – del arbitraje institucional y la publicación del expediente arbitral. Estas medidas, que consideramos pueden servir de ejemplo a nivel internacional, refuerzan la legitimidad del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas y su eficacia frente al desafío de la corrupción.

Bibliografía

Doctrina

Betz, K. (2017). *Commercial arbitration. En Proving bribery, fraud and money laundering in international arbitration: On applicable criminal law and evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.

González García, L. A. (2013). Corrupción, lavado de dinero y el arbitraje internacional. *UNAM Revista de Ciencias Jurídicas*, 1(1).

Hwang, M., & Lim, K. (2012). *Corruption in arbitration: Law and reality*. Asian International Arbitration Journal.

Jiménez López, C. (2022). El rol de los árbitros y las instituciones arbitrales ante la evidencia de la comisión de delitos. *Estudios*, (6), 93.

Kreindler, R. H. (2006). Aspects of illegality in the formation and performance of contracts. *Transnational Dispute Management*, 2.

Zwolankiewicz, A. (2021). The principle of clean hands in international investment arbitration. *ITA in Review*, 3(1).

Casuística

African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. República Democrática del Congo (2008, 29 de julio). Caso CIADI N.º ARB/05/21. Laudo sobre las Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad.

ECE Projektmanagement International GmbH and Kommanditgesellschaft PANTA Achtungsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co c. República Checa (2013, 19 de septiembre). Caso CPA N.º 2010-05. Laudo Final.

Lao Holdings N.V. c. República Democrática Popular de Laos (I) (2019, 6 de agosto). Caso CIADI N.º ARB(AF)/12/6. Laudo.

Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán (2013, 4 de octubre). Caso CIADI N.º ARB/10/3. Laudo.

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla), Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) (2013, 19 de agosto). Caso CIADI N.º ARB/10/18. Decisión sobre Jurisdicción.

Penwell Business Limited (by MegaCom) c. República Kirguisa (2021, 8 de octubre). Caso PCA N.º 2017-31. Laudo Final.

Worley International Services Inc. c. República del Ecuador (2023, 22 de diciembre). Caso CPA N.º 2019-15. Laudo Final.

Vladislav Kim y otros c. República de Uzbekistán (2017, 8 de marzo). Caso CIADI N.º ARB/13/6. Decisión sobre Jurisdicción.

Normativa

Legislación nacional

Poder Ejecutivo de la República del Perú (2020, 23 de enero). *Decreto de Urgencia N.º 020-2020, Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.*

Convenios internacionales

Organización de las Naciones Unidas (2014). *Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) (“Convención de Mauricio sobre la Transparencia”).*

Sitios web

American Arbitration Association. (s.f.). *Measuring the costs of delays in dispute resolution.* American Arbitration Association. <https://go.adr.org/impactsofdelay.html>

Transparency International. (2023). *Corruption Perceptions Index 2023*. Transparency International. <https://www.transparency.org/en/cpi/2023>

World Justice Project. (2023). *Absence of corruption. World Justice Project*. [https://worldjusticeproject.org/rule-of-law index/global/2023/Absence%20of%20Corruption/](https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2023/Absence%20of%20Corruption/)

Otros

Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (2016, 1 de agosto). Reglamento SIAC (6ª ed.).

Club Español de Arbitraje (2019). Código de Buenas Prácticas Arbitrales.



BICENTENARIO
DEL PERU
2021 - 2024