



Revista de Derecho

ISSN: 2313-6944

revistaderecho@unap.edu.pe

Universidad Nacional del Altiplano

Perú

Pineda Gonzales, José; Galvez Condori, Walter Salvador; Velasquez Miranda, José
LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, SU TRATAMIENTO EN EL
MARCO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA NECESIDAD DE
INTRODUCIR MODIFICACIONES DE CARÁCTER LEGISLATIVO Y DE POLÍTICA
CRIMINAL

Revista de Derecho, vol. 3, núm. 1, 2018, pp. 61-79

Universidad Nacional del Altiplano

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671871235004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ARTICULO

Revista Derecho - Año 2 edición 3: 61 - 79

Web: <http://www.revistaderecho.pe> E-mail: editorial@revistaderecho.pe

ISSN 2313-6944

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, SU TRATAMIENTO EN EL MARCO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA NECESIDAD DE INTRODUCIR MODIFICACIONES DE CARÁCTER LEGISLATIVO Y DE POLÍTICA CRIMINAL

*José Pineda Gonzales**
*Walter Salvador Galvez Condori***
*José Velasquez Miranda****

INFORMACIÓN DEL ARTICULO

Art. Recibido: 25/01/16

Art. Aceptado: 03/06/16

Art. Publicado: 18/12/18

PALABRAS CLAVE:

Corrupción
Delito
Funcionario público
Política criminal
Tratamiento
Proceso

RESUMEN

La corrupción de funcionarios es la temática de la presente investigación y resulta en la presente coyuntura un tema de plena y alarmante actualidad, sobre todo en su naturaleza penal, su regulación, investigación y sanción. Los delitos de corrupción de funcionarios se encuentran regulados en el Código Penal y respecto de su comisión se articula un sistema de investigación y sanción, que se inicia en la labor del Ministerio Público –en colaboración con la Policía Nacional- y continua en el Poder Judicial, donde finalmente se determina la responsabilidad del funcionario y se sanciona. La investigación se ejecutó el año dos mil diecisésis entre los meses de enero a diciembre, periodo que abarcó las actividades de recolección de información, tanto de nivel teórico doctrinario, legislativo y jurisprudencial, como de campo, en las ciudades de Puno, Arequipa, Lima y Ancash, donde se entrevistó a Fiscales y Procuradores anticorrupción. La metodología utilizada es básicamente de carácter descriptiva-explicativa, y exegética, pues se analiza la legislación vigente, se valoró las estadísticas de producción jurisdiccional y se recibieron las opiniones de los operadores de justicia. Los resultados obtenidos nos per-

* Profesor principal a tiempo parcial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Nacional del Altiplano, alfredopinedag@gmail.com, 951822880

** Profesor asociado a tiempo parcial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Nacional del Altiplano, galvezwalter@hotmail.com , 951910126

*** Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Nacional del Altiplano de Puno, jhosep_zms@hotmail.com, 951427545

miten concluir que la actual legislación contenida en el Código Penal y Código Procesal Penal evidencian deficiencias que no contribuyen a una lucha eficaz contra la corrupción. De igual manera la ausencia de un manejo logístico idóneo, así como una política anticorrupción contribuyen a no obtener logros significativos en la lucha contra la corrupción de funcionarios, lo que genera una baja estadística de sentencias condenatorias.

CIVIL SERVANT CORRUPTION CRIMES, THEIR TREATMENT UNDER THE NEW CRIMINAL PROCEDURE CODE AND THE NEED TO INTRODUCE CHANGES ON LEGISLATIONS AND CRIMINAL POLICY

ARTICLE INFO

Article Received: 25/01/16

Article Accepted: 03/06/16

Article Published: 18/12/18

KEY WORDS:

Corruption

Crime

Civil servant

Criminal policy

Treatment

Process

ABSTRACT

Corruption of civil servants is the theme of the present research and, at the present circumstances, it is an alarming emerging issue, especially in its criminal nature, its regulation, research and sanction. Corruption of civil servants crimes are regulated in the Criminal Code, and in relation to its commission, a system of investigation and sanction is created. It begins with the work of the Public Ministry - in collaboration with the National Police - and continues in the Judicial Branch, where finally the liability of the civil servant is determined and penalized. The research was carried out in the year 2016, between January and December, a period that covered information gathering activities, both at the theoretical, doctrinal, legislative and jurisprudential levels, as well as in the field, in the cities of Puno, Arequipa, Lima And Ancash, where district attorneys and anti-corruption state attorneys were interviewed. The methodology used is basically descriptive-explanatory and exegetical, as current legislation is analyzed, the statistics of jurisdictional production were discussed and perspectives of justice operators were received as well. Results allows us to conclude that current legislation contained in the Criminal Code and Criminal Procedure Code show deficiencies that do not contribute to an effective fight against corruption. Similarly, the lack of adequate logistical management and an anti-corruption policy contribute to the lack of significant achievements in the fight against corruption of civil servants, leading to a low number of convictions.

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno global, y provoca preocupación permanente para la sociedad y el estado. Debemos entender estrictamente que la corrupción de funcionarios como: Un rompimiento, claro y abierto del orden jurídico, en contra del estado y de la propia Administración pública, pero que también es un delito de matiz, es decir, la corrupción puede ser un acto de desviación, de perversión, de deslealtad, de menoscabo o pérdida de valores éticos. Esta condición de sutileza que tiene el delito lo hace mucho más difícil de encuadrar en la normas y en consecuencia de perseguir. Si todo fuera como perseguir a quien rompe, trasgrede o quiebra, pero no, las fronteras de una conducta corrupta son a veces tenues y neblinosas. (Gonzales Llaca, 2005)

Los costos que irrogan la corrupción (directos e indirectos) son muy altos y en países en vías de desarrollo pueden contribuir al sub desarrollo. Así, para combatir la corrupción se crean sistemas anticorrupción, que son un conjunto de elementos destinados a la lucha contra la corrupción, conteniendo estructuras, procedimientos y funciones específicas para cada sujeto que es parte del propósito común de combatir la corrupción, y a su vez es parte de la obligación del Estado para el cumplimiento de nuestros derechos sociales que tengan que ver con la realización y ejecución de políticas anticorrupción, como necesidad social. (Rubio, Eguiguren y Bernales, 2013)

La corrupción en nuestro país en los últimos años se ha incrementado, el uso de los recursos económicos destinados a las entidades del Estado, sobre todo aquellos provenientes del canon minero ha servido para incrementar presupuestos, y en esa situación los casos de manejos poco transparentes de dichos fondos han devenido en diversas denuncias ante el Ministerio Público.

Si bien las estadísticas de casos sentenciados de corrupción de funcionarios no son muy elevados, si lo son aquellos de procesos de investigación que se desarrollan ante el Ministerio Público. La corrupción se halla de manera consistente entre las preocupaciones más graves de los peruanos. Ahora bien, el Ministerio Público representa una institución fundamental en la lucha contra la corrupción, de igual forma la Contraloría General de la República, y su acción será positiva en la medida que cuenta con las herramientas adecuadas para investigar los casos de corrupción – no olvidemos que la carga de la prueba en cualquier denuncia de acción pública la tiene el Ministerio Público-, por lo tanto una adecuada legislación penal y procesal penal, capacitación, logística necesaria, rodeada de políticas públicas idóneas, deben constituir el escenario necesario para lograr prevenir, investigar y sancionar los casos de corrupción de funcionarios en nuestro país.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

El Método que se utilizó es el de la hermenéutica pues se interpretaron normas jurídicas relacionadas a los de-

litos de corrupción de funcionarios, e información documental y de tipo estadístico sobre los casos de corrupción. Las técnicas utilizadas corresponden a la observación documental, entrevista estructurada y análisis documental.

El procedimiento consistió en identificar el material bibliográfico (Fuentes bibliográficas), (fuentes documentales), seleccionando los contenidos de naturaleza legislativa, estadísticas de los casos tramitados y entrevistado a Fiscales y procuradores anticorrupción.

Como instrumentos se elaboraron fichas de observación documental y ficha de entrevista estructurada, con los mismos se recolectaron información sobre análisis doctrinario de los delitos de corrupción de funcionarios, la legislación sustantiva y procesal (nuevo Código Procesal Penal) y se determinó las deficiencias existentes, las estadísticas sobre casos de corrupción de funcionarios tramitados y resueltos en los Distritos Judiciales de Ancash, Arequipa, Lima y Puno, para verificar la carga procesal que se afronta y los casos resueltos. Asimismo, mediante las entrevistas a los fiscales y procuradores se recibieron opiniones sobre la legislación, procedimientos de investigación, logística con la que se cuenta para tramitar los casos de corrupción de funcionarios.

El tipo de investigación es jurídico social o sociojurídico pues no solo se analizó contenido dogmático sino además de contexto.

El universo está constituido por las normas legales que regulan los casos de corrupción de funcionarios, los

procesos sobre corrupción de funcionarios de los Distritos Judiciales de Ancash, Arequipa, Lima y Puno, tramitados durante el año 2015 y reportados en las Fiscalías Anticorrupción. Asimismo los fiscales Anticorrupción existentes en los distritos judiciales de Puno, Arequipa, Ancash y Lima y procuradores anticorrupción de Arequipa, Puno y Ancash.

3. RESULTADOS

Deficiencias en el Código Penal

Las definiciones de Funcionario y Servidor Público

En el ámbito penal, la concepción de Funcionario o servidor público es mucho más amplia que en el ámbito del Derecho Administrativo, donde solo se considera la elección y la designación por autoridad competente como fuentes del mismo (Salinas, 2014). En efecto se ha logrado verificar que los criterios desarrollados por el artículo 425º del código penal, no definen la condición de Funcionario Público o Servidor Público, puesto que no se puede identificar o determinar la condición de los sujetos activos en la comisión del delito contra la Administración Pública, lo que genera una deficiencia sustantiva en la aplicación de este tipo penal en el caso concreto. Ello dificulta una imputación debida clara y concreta.

Delimitación del Patrimonio del Estado

Otra deficiencia legislativa hallada se refiere a la determinación del

patrimonio del Estado está constituido por la universalidad de los derechos y acciones de que es titular; el patrimonio es el conjunto de bienes y derechos, recursos e inversiones, que como resultado de su actividad normal ha acumulado el Estado y posee a título de dueño, o propietario, para destinarlos o afectarlos en forma permanente, a la prestación directa o indirecta de los servicios públicos a su cuidado, o a la realización de sus objetivos o finalidades de política, social o económica (Serra, 1996).

La conceptualización del patrimonio público como todo concepto está en permanente revisión y puede comprender a todos los bienes de propiedad pública como privada; esta última excepcionalmente, ubicado en la condición de disponibilidad jurídica a fines públicos (Ferreira, 1995).

El concepto es muy extenso y de difícil delimitación, sin embargo lo que interesa para los efectos penales es determinar, en los casos referentes a la administración pública; especialmente a qué tipo de bienes se está refiriendo la norma penal en los delitos Contra la Administración Pública, en consecuencia en nuestra actual normativa, emerge una deficiencia sustantiva en la aplicación de normas penales de la Administración Pública dado que no existe una delimitación adecuada del Patrimonio del Estado.

Viáticos y peculado

El artículo 387º del Código Penal, determina indubitablemente que la acción típica del delito de pecula-

do debe necesariamente recaer sobre *caudales o efectos* del Estado. La doctrina especializada ha reconocido los alcances de la expresión **caudales** que identifica a: "todo objeto con valor patrimonial valorable pecuniariamente en forma directa: dinero, bienes muebles e inmuebles" (Rojas, 2007). La expresión *efectos*, hace referencia a los objetos cosas o bienes que representan un valor patrimonial público (documentos de crédito negociables), a partir de ello existe un problema en determinar si los viáticos son asimilables a los conceptos de caudales o efectos. Para ello, una definición de *Viatico*, es entendido como una asignación de dinero destinada a permitir que el funcionario o servidor público, en caso de necesidad de viaje, pueda desarrollar adecuadamente sus funciones públicas, comprendiendo los gastos de alojamiento, alimentación y movilidad, de ello puede extraerse, primero los viáticos constituyen , en sentido técnico – penal, "caudal": y segundo cuando su entrega responde a fines instrumentales, pues su funcionalidad específica se encuentra asociada al ejercicio regular de la función pública (Reyna, 2011).

Ahora bien, no basta con afirmar que los viáticos constituyen caudal del Estado, sino que resulta indispensable conectar el problema con la naturaleza jurídica de la posesión del caudal estatal, aquí el problema será identificar si el Funcionario Público recibe el viático para su administración, pues la percepción y custodia por sus propias características, no resultan aplicables al contexto de viáticos.

Monto mínimo en peculado

El artículo 387º del Código Penal, no hace ninguna referencia respecto a la cuantía mínima del delito de Peculado en sus modalidades doloso y culposo. Al respecto cabe señalar que la Sala Plena de la Corte Suprema, por el proyecto de ley N° 4187/2010-PJ; propuso se modifique el artículo 387º del código penal, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado: “dos unidades impositivas tributarias para el delito de peculado doloso y dos remuneraciones mínimas vitales para el delito de peculado culposo, (...)” (Salinas, 2014); sin embargo esta propuesta, deja la posibilidad que los funcionario y/o servidores públicos que se apropien un bien por debajo del límite mínimo propuesto quede sin consecuencia penal. A la fecha no existe una cuantía mínima, lo que genera una deficiencia sustantiva en la aplicación de este tipo penal en el caso concreto, de tal forma que si el perjuicio causado al Estado es mínimo, es decir que si un funcionario y/o servidor público se apropiá de un nuevo sol, ¿se configuraría el delito de Peculado?, respecto al otro que se apropiá la suma de un millón de soles, considerando que en ambos casos hay una infracción al deber.

El Tercero y el Extraneus

En cuanto a la participación en los delitos contra la Administración Pública, debemos tener en cuenta que al funcionario público se le llama intraneus y al sujeto ajeno a la función pública se le llama “extraneus”. En este caso el problema surge, en lo referen-

te a la participación del “Extraneus”. En la doctrina se afirma que en delitos Especiales a partir de la “Teoría del Dominio del Hecho”, se distinguen las siguientes tesis: Tesis de Ruptura del Título de Imputación, Teoría de Unidad del Título de Imputación y la Teoría de los delitos de Infracción del Deber (Roxin). Estas teorías no determinan, la verdadera responsabilidad del extraneus en los delitos contra la administración pública, toda vez que estas tesis califican la responsabilidad del extraneus de acuerdo a sus corrientes. Al respecto se tiene la *ejecutoria suprema del 14 de enero del 2003*, aquí se argumenta que: “la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervenientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris delictivo*”; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoria limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 el código penal.

Ahora bien, de estas afirmaciones se tiene deficiencias en la determinación y en la responsabilidad del extraneus en los delitos contra la administración pública, es más el nuevo código procesal penal recae en esta deficiencia dado que no determina al extraneus tampoco regula taxativamente la responsabilidad de este en los delitos contra la Administración Pública.

4. DEFICIENCIAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Valor de los informes de control de la Contraloría General de la Re- pública

La Contraloría General de la Republica es un organismo constitucional autónomo encargado de controlar los bienes y recursos públicos del país, uso eficiente, eficaz y económico de los recursos de la Republica; correcta gestión de la deuda pública; legalidad de la ejecución del presupuesto del sector público y de los actos de las instituciones sujetas a control. En este orden de ideas la Contraloría dentro del ejercicio de sus funciones, ante indicios de la comisión de ilícitos penales o de responsabilidad civil o administrativa, debe emitir un informe de control al que otorga valor de prueba pre-constituida para el inicio de las acciones legales que correspondan. Estos informes técnicos, a efectos del proceso penal son diferentes a los informes emitidos por otros órganos o entidades públicas como el Instituto de Medicina Legal o la autoridad ambiental, de ahí que el legislador haya decidido pronunciarse sobre los mismos. Sin embargo debe quedar claro que tales informes se elaboran al margen de un posible proceso penal, son extraprocesales, pero pueden incorporarse al proceso a efectos de acreditar la responsabilidad penal del acusado por un delito contra la Administración Pública. (Herrera, 2015).

Por otro lado según lo establecido en la jurisprudencia y en la

doctrina, consideran al informe de contraloria como un elemento probatorio constituido antes del proceso. Referente a ello la Corte Suprema a explicado que el “informe especial” al ser emitido por una institucion oficial o independiente, goza de una presuncion *iuris tantum*, (se presume cierto, hasta que no se demuestre lo contrario). Por consiguiente al emitirse un informe de control y al ostentar valor de prueba preconstituida, debemos aclarar que significa prueba preconstituida, al Respecto se refiere que prueba preconstituida es aquella en que el medio o fuente de prueba existe con anterioridad al proceso una representacion ya formada. (Gomez, 1950)

Por tanto, la prueba preconstituida presenta una serie de ventajas tanto directas como indirectas, es decir los jueces obtenian seguridad completa en sus decisiones, sin embargo tambien presenta riesgo de alteracion, adulteracion o falsedad de la informacion.

Ante ello se tiene una gran dificultad respecto a la prueba preconstituida ya que, no esta regulada por el Nuevo Código Procesal Penal, la ley procesal solo la menciona, de modo que sus alcances deben ser definidos por la doctrina y jurisprudencia, no obstante la norma procesal no establece prevision alguna sobre cuando procede solicitar e incorporar al proceso penal estos informes de Contraloria; de tal forma que es necesario subsanar esta deficiencias para efectos de optimizar la investigacion y subsecuentemente el proceso penal.

Plazo de investigación preliminar en los delitos de corrupción.-

El plazo de diligencias preliminares por ley es de sesenta días y el plazo máximo es 120 días como se fijó en la ejecutoria Casación N° 02-2008. No obstante en los casos complejos las diligencias preliminares puede durar hasta 8 meses o 240 días. En la doctrina se ha desarrollado que el plazo de las diligencias preliminares; es de 60 días, salvo que se produzca la detención de una persona, pues allí si los plazos se subordinan a los plazos máximos de detención de una persona salvo que se le deje en libertad, por ejemplo, si se interviene a una persona en flagrancia o por orden judicial en delitos que no sean comunes, y se tiene 24 horas para resolver, ampliables cuando se solicita convalidación hasta por 7 días, si fuese el caso, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. (Arbulú, 2014).

Al respecto la corte suprema pondero el derecho al plazo razonable para desarrollar la investigación y tambien la necesidad de la Fiscalía de contar con plazos que le permitan realizar adecuadamente la investigación preliminar; sin embargo en los delitos de corrupción la complejidad del asunto se determina por una serie de factores de iure y de facto del caso concreto. Así, dichos factores pueden estar referidos al establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales son complejos, el análisis jurídico de los hechos acerca de los cuales se ha

producido el proceso penal; y la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; así como la pluralidad de agraviados o inculpados, por estos fundamentos no es razonable ni conducente el plazo máximo de 120 días determinado para la investigación preliminar en los delitos de corrupción, dado que la naturaleza de los Delitos Contra la Administración Pública son por si complejas, de tal forma que en estos delitos se debería tener un especial tratamiento dada su complejidad, puesto que el plazo establecido por el Nuevo Código Procesal Penal es insuficiente para realizar una óptima investigación en los Delitos Contra la Administración Pública.

La prueba (indiciaria) en los delitos de corrupción.-

Según la Doctrina procesal la prueba indiciaria (o prueba por indicios) es entendida generalmente como aquella prueba que se dirige a convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de hechos que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que en atención a las leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permitan tenerla razonablemente por cierta. (Herrera, 2015).

El tribunal Constitucional, define la prueba por indicios “(...) a través de la prueba indirecta, se prueba un hecho inicial.-indicio, que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del hecho final –delito, a partir de una relación de causalidad-inferencia lógica–” (STC.Exp, N° 00728-2008-HC).

En efecto en la Doctrina Procesal Nacional la definición de prueba indicaria es la que se encuentra más desarrollada , sin embargo no hay una definición que resulte plenamente satisfactoria, ya que a cada una de ellas se le puede criticar el resaltar demasiado un aspecto y dejar de lado otros aspectos importantes de la prueba indicaria. Si bien la actividad probatoria regulada en el Código Procesal Penal admite claramente el valor probatorio de la prueba por indicios, siempre que reuna los requisitos establecidos en la norma, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han agregado algunos requisitos más, hecho que los operadores jurídicos no tienen basto conocimiento de manera tal, que puedan manejarla solventemente en el Proceso Penal.

Aspectos logísticos en la investigación de casos de corrupción de funcionarios

Como se puede apreciar de la información recopilada, el aspecto logístico en el tratamiento de los procesos de corrupción de funcionarios comprende los aspectos relativos a los recursos humanos, infraestructura, bienes y servicios.

Se ha podido verificar que en el proceso de selección de los magistrados que laboran en el sistema anticorrupción, no se exige preparación especializada en temas relativos a la función, esto acontece tanto en el caso de jueces como fiscales anticorrupción. Así, el Consejo Nacional de la Magistratura cuando convoca a concurso para nombramiento de jueces

y fiscales anticorrupción no establece como requisito especial una capacitación especializada en la materia.

La Academia de la Magistratura en su Programa de Formación de Aspirantes, tampoco programa cursos relativos a la temática de corrupción de funcionarios, tampoco el programa de actualización y perfeccionamiento contempla cursos que versen sobre temas de los delitos de corrupción de funcionarios.

Por lo tanto, los jueces y fiscales que ingresan a laborar en los pocos juzgados anticorrupción, y en las numerosas fiscalías anticorrupción del país, ingresan a laborar sin acreditarse una preparación especializada e idónea para un buen desempeño de la función. Infiriéndose de tal situación que es que en el ejercicio de la función recién comienzan a actualizarse en dichos temas.

Desde el punto de vista de la infraestructura, materiales, apoyo policial, los fiscales entrevistados señalan que estos resultan insuficientes para el adecuado cumplimiento de las funciones, lo que advierte carencia de una adecuada logística que dificulta y limita el buen cumplimiento de las funciones.

Modificaciones de carácter legislativo y de política contra la corrupción de funcionarios

Para determinar la necesidad de introducir modificaciones a la actual legislación, tanto sustantiva como procesal, referidos a los delitos de co-

rrupción de funcionarios, es necesario verificar la existencia de una problemática clara y concreta que pone en evidencia deficiencias legislativas y de logística que traen como resultado que la investigación y sanción en los casos señalados no alcanzan los estándares de eficacia que se espera alcanzar.

Así, se tiene que de la valoración de la información recabada del Informe Anual Nacional 2015, de la Fiscalía de la Nación – Ministerio Público, de la Unidad de Indicadores de Gestión & Procesos. El documento detalla la Carga asignada de las Fiscalías Provinciales Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Fiscalías Superiores Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios así como también la Carga Anticorrupción de las Fiscalías Provinciales Penales y Fiscalías Superiores Penales a Nivel Nacional.

Tabla N° 33
Casos de corrupción en trámite

Distrito fiscal	Trámite	Carga total
Ancash	389	798
Arequipa	492	944
Lima	562	1135
Lima norte	519	1100

Lima sur	70	446
Puno	179	257

Fuente: Informe Anual Nacional 2015 MP

En la tabla se evidencia que la mayor cantidad de casos en investigación se concentran en los distritos judiciales de Lima, Lima norte y Lima Sur. Su condición de capital de la República, y de ser el centro de la actividad política administrativa explica tan eleva carga procesal.

Tabla N° 34
Sentencias emitidas

Distrito fiscal	Total
Ancash	51
Arequipa	3
Lima	437
Lima norte	265
Lima sur	389
Puno	5

Fuente: Informe Anual Nacional 2015 MP

Como se puede apreciar de la tabla N° 34 la mayor producción de sentencias acontecen en los distritos judiciales de Lima, Lima Norte y Lima Sur, en tanto que la menor producción acontece en Arequipa. Esta resultado se encuentra relacionado con la mayor carga procesal que se tiene en Lima.

Tabla N° 35
Sentido de las sentencias emitidas

Distrito fiscal	Fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios			
	Condenatorias	Absolutorias	R. De fallo condenatorio	Total
Ancash	40	10	1	51
Arequipa	2	1	0	3
Lima	402	35	0	437
Lima norte	260	5	0	265
Lima sur	35	36	0	71
Puno	5	0	0	5

Fuente: Informe Anual Nacional 2015 – MP

Que se ha verificado que existe una baja cantidad de sentencias condenatorias sobre delitos de corrupción de funcionarios desde la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, así durante el año dos mil quince en los distritos judiciales de Ancash, Arequipa, Lima y Puno se ha tramitado 4680 casos que versan sobre delitos de corrupción de funcionarios, y se han emitido apenas 1150 sentencias, es decir menos del 25% de los casos tramitados. De la cantidad de sentencias emitidas, apenas 744 son condenatorias, es decir menos del 20% del total de casos.

5. DISCUSIÓN

Las deficiencias legislativas

Definición de Funcionario y servidor público

Habiéndose verificado la existencia de una deficiente regulación, resulta necesario utilizar un concepto que sea funcional a la protección del correcto y normal funcionamiento de

los servicios de la administración pública en favor de los ciudadanos, por ello el concepto de Funcionario y Servidor Público implica una dirección u orientación, además de una responsabilidad, en el desempeño de un cargo de naturaleza pública, sin embargo para efectos penales, en algunos delitos aparte de tener aquella condición especial, se exige que tengan una relación funcional específica con el objeto del delito dentro del entramado de la Administración Pública, es por estos fundamentos que el concepto de funcionario y servidor público son una piedra angular de los delitos contra la Administración Pública.

Es por estas consideraciones que proponemos la modificatoria del artículo 425º del Código Penal en vigor, dado que en la actualidad se requiere adecuar la definición del Código Penal sobre Funcionario y Servidor Público a los estándares internacionales de lucha contra la corrupción y a lo resuelto por la justicia anticorrupción, en aras de garantizar la observación

del principio de legalidad, la seguridad jurídica y evitar futuros cuestionamientos por parte de quienes aleguen no ser Funcionarios y Servidores Públicos según el ordenamiento jurídico interno; de tal forma que de modificar los conceptos de Funcionario y Servidor Público, se contara con un marco legal fortalecido para luchar contra la corrupción en nuestro país; en ese sentido proponemos que:

Por “funcionario público” se entenderá:

- I. *Toda persona natural que, en virtud de un nombramiento expedido por la autoridad competente, ejerce autoridad en la gestión pública, preste servicios o trabaja para el estado, con poder de decisión y de representación, cuyas decisiones representen la voluntad de un órgano o entidad administrativa, orientado siempre a la realización del bien común, además de una responsabilidad en el desempeño de un cargo de naturaleza pública.*

- II. *Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;*

Por “servidor público” se entenderá:

- III. *Toda persona natural o física que presta sus servicios al Estado, con ausencia de interferencia en la adopción de decisiones públicas. Es un trabajador estatal que úni-*

camente debe estar guiado por los fines que legalmente justifiquen su desempeño o el correcto ejercicio de las funciones públicas a través de la probidad, rectitud, honestidad y lealtad en el ejercicio de tales funciones, los mismos que están orientados a cumplir las tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los Funcionarios Públicos en el cumplimiento del objetivo de la Administración Pública “el bien común”. El Servidor Público siempre está en una relación de subordinación frente a los Funcionarios Públicos. Su misión consiste en realizar diariamente las tareas que le asignan cumpliendo órdenes que les tramiten sus superiores que normalmente son los Funcionarios Públicos.

Las definiciones señaladas, en la actualidad requieren ser adecuados al artículo 425º del código penal en vigor, en aras de garantizar y salvaguardar la seguridad jurídica y evitar futuros cuestionamientos por parte de quienes aleguen no ser funcionarios públicos según el ordenamiento jurídico interno, además de luchar contra la corrupción y a lo resuelto por la justicia anticorrupción. De tal forma que de aprobarse la propuesta, que precisa el concepto de funcionario y servidor público, se contara con un artículo más fortalecido para identificar e individualizar al funcionario y servidor público con el objeto de luchar contra la corrupción en el país.

En el Delito de Cohecho

Resulta indispensable modificar el delito de cohecho en base a la siguiente fórmula legal:

Artículo 397º del código penal:
“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio patrimonial o no patrimonial, para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

En el Delito de Peculado

No corresponde señalar el término viático en el delito de peculado, dicha especificación podría tratarse de una sanción administrativa imponiendo una multa o las que especifique mas no una sanción punitiva ya que su relevancia no es trascendente y confluyen varios conflictos dentro del ámbito penal.

Respecto al peculado y los viáticos, proponemos la modificatoria del artículo 387 del NCPP.

Artículo 387º del código penal

“El funcionario o servidor público que se apropiá o utiliza, en

cualquier forma para sí o para otro, caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años”.

“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepease diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años”.

“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”

“Los viáticos no forman parte del contenido del bien jurídico Peculado”

Respecto al peculado de uso, proponemos la modificatoria del artículo 388 del NCPP.

Artículo 388º Peculado de Uso:

“El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al ser-

vicio, usa, permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda (...)".

"No están comprendidos en este artículo los bienes, servicio y vehículos destinados al servicio personal por razón del cargo".

Debe entenderse este último apartado de acuerdo a la discrecionalidad de cada titular del pliego que otorgue el uso de dichos bienes y recurso públicos que le han sido asignados en razón de su cargo o función y bajo qué criterios y que límites los ha confiado para su uso sin obtener ningún beneficio personal no justificado.

En el Delito de Enriquecimiento Ilícito

Debemos delimitar el concepto de incremento ilícito del patrimonio. No abarca al particular que se enriquece, ni al sujeto público que se enriquece al margen de la relación del cargo ya que estas últimas acciones están tipificadas en otras figuras delictivas, civiles administrativa o de irrelevancia penal, ahora bien el tercero o el testaferro que contribuya a la comisión de este delito debe sancionársele mediante una vía administrativa u otro mecanismo a fin de no generar mayores conflictos.

Respecto a la definición de actos no ajustados a derecho debe entenderse a las fuentes generadoras de una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considera-

dos contrarios a las normas jurídicas y/o sociales que regulan las interacciones humanas y ámbitos pautados de competencias funcionales.

Sobre la Prescripción

Es menester trascender que la corrupción en sí es un problema social, y desde que existe el Estado, o en buena cuenta, desde que existe alguien que ostenta una situación de poder o de privilegio respecto del resto de ciudadanos, en función de un cargo público, existe la corrupción. Explicar los orígenes de la misma es un tema por demás complejo y en donde no existe una respuesta unánime; pero en donde no hay punto de discusión es que es nociva para el país, no solo por las pérdidas económicas que genera, sino también porque hace imposible la vida en sociedad, ya que implica una pérdida de valores y de respeto hacia el prójimo. Como mencionamos al principio, si bien la corrupción es un problema de larga data, es recién en los últimos años que la sociedad ha tomado conciencia de que la misma no puede ser tolerada, y de que las sanciones para quienes son partícipes de estos actos deben ser ejemplares.

Por ello la solución a dicho problema y para que no quede impune los delitos de corrupción es la imprescriptibilidad que ostentarían dichos delitos, analizando los fundamentos, el ampliar los plazos de la prescripción para los delitos de la corrupción, sólo tendría que aumentar el marco penal para ellos, lo que devendría en una ampliación de los plazos de prescripción de manera automática. Empero

nuestra propuesta va más allá, puesto que lleva la finalidad de que se declaren imprescriptibles los delitos de corrupción.

Sobre la valoración de la Pericia Contable

La pericia contable es un medio de prueba valioso, atendiendo a ello la labor de un perito con acreditada experiencia en el manejo de la información contable se hace indispensable para desentrañar todas las complejas operaciones financieras de las que se valen las organizaciones criminales para realizar las conductas delictivas.

Por consiguiente debemos definir la pericia contable como una labor de investigación desarrollada por un Contador Público Colegiado en un proceso judicial, contando con la información del expediente judicial, los libros y registros de contabilidad y la información de las partes y de terceros y realizando la aplicación de métodos y procedimientos que le permiten esclarecer los hechos puestos a su consideración

Sobre los Plazos

El plazo para los delitos de corrupción debe tener correlación con la complejidad que presentan los casos en concreto para ello debe ampliarse según la etapa en la que se encuentren: deben attender el plazo debe ser en función a cada caso y el plazo debe ser controlado por el Juez

El plazo de las diligencias preliminares, debería ser de ciento ochenta días, salvo que se produzca la deten-

ción de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria de anticorrupción en el plazo de diez días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal de anticorrupción y del solicitante. El plazo de la Investigación Preparatoria debería ser de doscientos cuarenta días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de ciento veinte días naturales. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria será 18 meses.

Prueba Indiciaria

En definitiva debe entenderse que la prueba indiciaria se construye sobre la base de una inferencia lógica, donde determinados hechos indirectos que se dan por probados se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso penal en cierres. Así, aunque es considerada una prueba indirecta de los hechos centrales a probarse en un proceso penal, no por eso carece de fuerza probatoria capaz de sustentar una sentencia condena-

toria y es, en ese sentido, una herramienta importante para el juzgador cuando los hechos juzgados no pueden ser probados por elementos de prueba directos o por pruebas sustentadas en los conocimientos técnicos o científicos

En cuanto a los informes de control

De lo analizado se tiene que respecto a los Informes de Control Elaborados por las Oficinas de Control Interno deben ser calificados como Prueba Pre Constituida, y de esa forma no ocasionen daños y perjuicios a las Instituciones Públicas, por la onerosidad y dilación de los procesos, vulnerándose los Principios de Celeridad y Economía Procesal, en agravio de los usuarios, en tal sentido ello se incorpora dentro de las reglas del proceso especial por corrupción de funcionarios.

El actual Derecho penal peruano delimita los delitos de corrupción de funcionarios en el capítulo sexto del código penal, entendiendo dentro de ellos algunos tipos penales como los de cohecho, negociación incompatibles, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, sin embargo, el ámbito de la corrupción es mucho más amplio, dentro del cual naturalmente debe comprender otros delitos como lo son el peculado en todas sus modalidades y la concusión y sus formas específicas de comisión, en ese sentido este proceso especial de corrupción comprende dentro de su ámbito de aplicación a estos últimos tipos penales y sus respectivas modalidades.

La dirección de la Investigación del Proceso Especial de Corrupción, es realizada por el Órgano encargado de la Persecución de la acción penal- Ministerio Público, debiendo ser dirigida de manera especial por una Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios , en el mismo sentido, a nivel jurisdiccional está a cargo de un Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

Este proceso especial de corrupción implementa la creación de Organismos Especializados Anticorrupción, así la Contraloría General de la Republica dotara de Peritos especializados los cuales tienen preminencia valorativa de la prueba, así como la calidad de pericia institucional, las que deben ser obtenidas con las garantías del debido proceso.

Los plazos en el Proceso Especial de Corrupción serán determinados en función de la complejidad del caso en particular, pudiendo extenderse del plazo ordinario por la dificultad de la obtención de medios probatorios, respetando las garantías procesales, en todo momento el juez anticorrupción resolverá las incidencias que se presenten, ante el incumplimiento de los dispuesto en la nueva ley. Finalmente, los aspectos no regulados por el proyecto de ley, proceso especial de corrupción, se rigen por las normas y principios del proceso penal.

En cuanto a la logística para la investigación

Se ha verificado que en efecto se carece de un adecuado manejo de la

logística, asíla calificacipon de los recursos humanos (fiscales fundamentalmente) se demostrado que ingresan a la función sin mayor exigencia de competencias suficientes que garanticen un desempeño idóneo de la función. El Consejo Nacional de la Magistratura no exige como requisito para accede al cargo de Fiscal Anticorrucion competencias específicas. La Academia de la Magistratura no organiza actividades académicas de especializacion para los fiscales que desempeñan esta función. La infraestructura, mobiliario, equipamiento y apoyo policial no es el necesario y suficiente para un buen soporte en la investigación de casos de corrupción de funcionarios.

6. CONCLUSIONES

Se ha comprobado la hipótesis al haberse establecido la existencia de problemas de carácter legislativo en las normas que regulan los delitos de corrupción de Funcionarios, ello los aspectos sustantivos, procesales y tratamiento de los informes de control. Es así que en las normas penales, los problemas se presentan en la inadecuada definición del Concepto de Funcionario Público, el delito de Cohecho presenta dificultades sobre la conducta del sujeto activo, “la persona interpuesta” y la valoración económica o no de la dádiva. En el Peculado no es claro sobre la regulación de viáticos y uso de bienes asignados por razón de cargo. El enriquecimiento no regula adecuadamente la disminución del patrimonio, la posesión de bienes por terceros y el origen del enriquecimien-

to. Asimismo, en el aspecto procesal y de normas de control, se ha acreditado que existen dificultades relacionadas a la prescripción de los delitos, los plazos de las investigaciones y procesos, el uso de la prueba indiciaria y la valoración de las pericias e informes de control de la Contraloría General de la República.

Se ha verificado que existe una baja cantidad de sentencias condenatorias sobre delitos de corrupción de funcionarios desde la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, así durante el año dos mil quince en los distritos judiciales de Ancash, Arequipa, Lima y Puno se ha tramitado 4680 casos que versan sobre delitos de corrupción de funcionarios, y se han emitido apenas 1150 sentencias, es decir menos del 25% de los casos tramitados. De la cantidad de sentencias emitidas, apenas 744 son condenatorias, es decir menos del 20% del total de casos.

En el aspecto logístico, en el tratamiento de los procesos de corrupción de funcionarios que comprende los aspectos relativos a los recursos humanos, infraestructura, bienes y servicios; se ha podido verificar que en el proceso de selección de los magistrados que laboran en el sistema anticorrupción, no se exige preparación especializada en temas relativos a la función, esto acontece tanto en el caso de jueces como fiscales anticorrupción. Así, el Consejo Nacional de la Magistratura cuando convoca a concurso para nombramiento fiscales anticorrupción no establece como requisito especial una capacitación

especializada en la materia. La Academia de la Magistratura en su Programa de Formación de Aspirantes, tampoco programa cursos relativos a la temática de corrupción de funcionarios, y de igual forma el programa de actualización y perfeccionamiento no contempla cursos que versen sobre temas de los delitos de corrupción de funcionarios. Por lo tanto, los fiscales que ingresan a laborar en las fiscalías anticorrupción del país, ingresan a laborar sin acreditar una preparación especializada e idónea para un buen desempeño de la función. Infiriéndose de tal situación que es que en el ejercicio de la función donde recién comienzan a actualizarse en dichos temas. Desde el punto de vista de la infraestructura, materiales, apoyo policial, los fiscales entrevistados señalan que estos resultan insuficientes para el adecuado cumplimiento de las funciones, lo que advierte carencia de una adecuada y suficiente logística.

Que las deficiencias legislativas en el campo penal, procesal penal y tratamiento de normas de control, permiten proponer modificatorias legales que superen dichas deficiencias, mejorando sustancialmente el tratamiento del concepto de funcionario público y precisando los alcances del Delito de Cohecho, Peculado y Enriquecimiento Ilícito. En el campo procesal se ha verificado que es posible proponer un Proceso Penal Especial por Delitos de Corrupción de Funcionarios, en que se incluya un mejor tratamiento de la prescripción de los delitos de Corrupción de Funcionarios, un plazo distinto y mayor para los procesos y

una adecuada valoración y uso de la prueba indiciaria, pericias e informes de Control. En materia de política criminal, se propone la creación de un Sistema Nacional Anticorrupción Articulado, integrado por el Poder Judicial, Ministerio Público, Poder Ejecutivo, Policía Nacional, Contraloría General de la República y otras entidades, con carácter autónomo, encargado de diseñar la Política Anticorrupción con suficiente autonomía política, económica y administrativa, que permita que la Política Criminal se articule y tenga eficacia, determinando una única y articulada Política Criminal de Estado en contra de la Corrupción.

Agradecimientos

Los autores de este artículo extienden su agradecimiento a las Fiscalías Anticorrupción de Puno, Arequipa, Lima y Ancash por las facilidades prestadas para la ejecución del proyecto. Asimismo a los procuradores públicos anticorrupción de Puno, Arequipa y Ancash.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arbulú Martínez, V. (2014). *La Investigación Preparatoria*. Lima: Pacífico editores SAC.

Ferreira Delgado. Francisco. (1995) Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá. Temis.

Gómez Orbaneja, E. (1950). *La prueba preconstituida*. Madrid: Academia Matritense.

Herrera Guerrero, M. y. (2015). *La prueba en el proceso penal..* Lima-Peru: Instituto Pacifico SAC.

Marcial Rubio, C., Francisco Eguiguren, P., & Enrique Bernales, B. (2013). Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mixam Mass, F. (2003). *Indicio, prueba indiciaria.* Trujillo-Peru: Ediciones BLG.

Reyna Alfaro, L. M. (2011). *Parte especial Delitos económicos y con-*

tra la administración pública. Lima-Peru: Gaceta penal.

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública.* Lima - Peru: Grijley.

Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos Contra la Administracion Publica .* Lima- Peru: Justicia SAC.

Serra Rojas, Andrés. (1996) “*Derecho Administrativo*”, Segundo Curso, Porrúa, México. Ordenamiento Penal y Principales Tipos Penales contra la Administración. (s.f.).

