



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO**



TÍTULO:

**“LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN LOS DELITOS
DE CORRUPCION”**

TESIS:

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

BACHILLER:

BRIAN VELASQUEZ MONTEZA

ASESOR:

Dr. JOSE LUIS CHANAME PARRAGUEZ

**CHICLAYO – PERÚ
2018**

I. Aspectos informativos:

Autor: Bach. Brian Velásquez Monteza.

Asesor: Abog. José Luis Chaname Parraguez.

1. Tipo de Investigación:

- DESCRIPTIVA - EXPLICATIVA

2. Tesis para optar:

- Título Profesional de Abogado

3. Localidad e Institución donde se desarrollará el proyecto:

- Departamento de Lambayeque

4. Duración estimada del Proyecto:

- Cuatro meses

5. Fecha:

Inicio : 1 de Julio del 2017

Termino : 30 de Octubre del 2017

6. Presentado por: 30 de Octubre del 2017

Autor

Brian Velásquez Monteza

Asesor

Dr. José L. Chaname Parraguez

7. Aprobado por el Jurado:

Presidente
Mg. Lito Rooswell Becerra Angulo

Secretario
Mg. Erwin Guzman Quispe Díaz

Vocal
Abg. José Antonio Cárdenas Reynaga

CHICLAYO, 2018

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico a mi Dios quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mi familia quienes por ellos soy lo que soy. Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, y por ayudarme con los recursos necesarios para estudiar. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, mi coraje para conseguir mis objetivos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la vida y mis padres, por ser personas de gran sabiduría por esas ganas de transmitirme sus conocimientos, dedicación que lo has regido, por lo cual he logrado importantes objetivos y haber llegado al punto en que me encuentro.

Agradezco a mis maestros por ser lumbrera en esta senda del saber, por la formación impartida, por sus conocimientos vertidos y ser artífices, participes dentro de mi proyecto de mi vida.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	4
AGRADECIMIENTO.....	5
RESUMEN.....	10
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCION.....	11

CAPÍTULO I:

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

I.	ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	15
	1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	15
	1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	16
	1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	18
	1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	18
II.	OBJETIVOS.....	19
	2.1. OBJETIVOS GENERALES.....	19
	2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	19
III.	HIPÓTESIS Y VARIABLE.....	19
	3.1. HIPOTESIS.....	19
	3.2. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	19
	3.3. VARIABLE DEPENDIENTE.....	19
IV.	MARCO MEDOLÓGICO.....	19
	4.1. DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	19
	4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	20
	4.3. MATERIALES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS...	21
	4.4. MÉTODOS.....	21

CAPITULO II

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

2.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN.....	23
2.2. LA TITULARIDAD DEL BIEN.....	27
2.3. FUNCIONARIO PÚBLICO.....	28
2.3.1. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.....	29
2.3.2. LA CONCEPCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO ATREVES LOS TRATADOS.	37
2.4. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	44
2.4.1. LOS DELITOS ESPECIALES DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA.....	44
2.4.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES.....	50
2.5. COMISIÓN POR OMISIÓN.....	51
2.5.1. COMISIÓN POR OMISIÓN Y POSICIÓN DE GARANTE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO SUPERIOR.....	51
2.5.2. FUNCIONARIO QUE OCUPA CARGOS DE PODER.....	53
2.6. DELITOS DE ENCUENTRO	55
2.6.1. DELITOS DE INTERVENCIÓN NECESARIA.....	55
2.6.2. LOS DELITOS DE CONVERGENCIA Y LOS DELITOS DE ENCUENTRO.....	55
2.7. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR.....	56
2.7.1. LAS TEORÍAS DE LA IMPUNIDAD.....	57
2.7.2. LAS TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD.....	57

CAPITULO III

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.1.	LA PENA.....	59
3.1.1.	CLASIFICACIÓN.....	59
3.1.2.	PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	61
3.1.3.	PENA DE MULTA.....	61
3.1.4.	PENA DE INHABILITACIÓN.....	62
3.1.4.1.	INHABILITACIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN.....	64
3.1.4.2.	EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN...	69
3.1.5.	PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD.....	70

CAPITULO IV
ANÁLISIS DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE
CORRUPCIÓN

4.1.	EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.....	71
4.1.1.	CAUSAS QUE EXTINGUEN LA ACCIÓN PENAL.....	71
4.1.1.1.	MUERTE DEL IMPUTADO.....	71
4.1.1.2.	PRESCRIPCIÓN.....	72
a.	PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.....	73
b.	INICIACIÓN DEL PLAZO.....	75
c.	INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.....	76
d.	PRESCRIPCIÓN SUSPENDIDA.....	76
e.	EFFECTOS DE LA FORMALIZACION DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA.....	76
4.1.1.3.	AMNISTÍA.....	86
4.1.1.4.	COSA JUZGADA.....	87
4.1.1.5.	DESISTIMIENTO.....	88
4.1.1.6.	TRANSACCIÓN EN ACCIÓN PRIVADA.....	88
4.2.	EXTINCIÓN DE LA PENA.....	89
4.2.1.	CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA.....	89
4.2.1.1.	LA MUERTE DEL CONDENADO.....	89

4.2.1.2.	LA AMNISTÍA.....	89
4.2.1.3.	EL INDULTO.....	89
4.2.1.4.	LA PRESCRIPCIÓN.....	90
4.2.1.5.	LA COSA JUZGADA.....	90
4.2.1.6.	LA EXENCIÓN DE PENA.....	91
4.2.1.7.	EL PERDÓN DEL OFENDIDO.....	91
4.3.	ANALISIS LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN LOS DELITOS DE CORRUPCION.....	91
4.3.1.	LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.....	92
4.3.2.	LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN LOS DELITOS DE CORRUPCION.....	94
CONCLUSIONES.....		104
SUGERENCIAS.....		106
BIBLIOGRAFIA.....		107
ANEXOS:		

RESUMEN

El 20 de agosto de este año 2017, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley N° 30650 con la finalidad de establecer la imprescriptibilidad de los delitos más graves contra la administración pública o contra el patrimonio del Estado, la presente Tesis tiene por finalidad analizar la naturaleza de dicha imprescriptibilidad y su desproporcionada aplicación en nuestro ordenamiento jurídico el cual vulnera principios normativos dentro nuestro Estado de Constitucional de derecho, siendo así que se ha creído conveniente desarrollar el presente trabajo de investigación haciendo un análisis dogmático previo del derecho penal, la administración pública, las consecuencias jurídicas de la mismas y por último, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

ABSTRACT

On August 20 of this year 2017, Law N ° 30650 was published in the official newspaper El Peruano with the purpose of establishing the imprescriptibility of the most serious crimes against the public administration or against the State's patrimony, this thesis has for the purpose of analyzing the nature of this imprescriptibility and its disproportionate application in our legal system which violates normative principles within our Constitutional State of law, while it has been deemed appropriate to develop the present investigation by making a previous dogmatic analysis of criminal law , the public administration, the legal consequences of the same and finally, the imprescriptibility of corruption offenses

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de nuevas figuras o de un cambio institucional producto de la acción humana en conjunto de nuevas manifestaciones sociales normativas, las instituciones incluyen todo tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción de los mismos, como es de mención por Douglass G. North¹ *Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico.*

El presente trabajo de investigación tiene por fin desglosar, describir y analizar los alcances y limitaciones sobre *la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción* como nueva manifestación normativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico contemporáneo.

La imprescriptibilidad es contraria a la razón de ser de la prescripción de la acción penal, la cual se encuentra en consideraciones de política criminal orientadas a evitar el colapso del sistema penal con más casos de los que puede resolver². Se trata de ponderar qué es lo mejor. De esta forma el Estado renuncia a la persecución del delito cuando el paso del tiempo ha cubierto el crimen con el manto del olvido y es prioritario maximizar esfuerzos en la persecución de otros delitos, dando prioridad a los más recientes y dejando de lado aquellos ocurridos muy lejos en el pasado³.

¹**G.NORTH Douglass.** (1993). "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico". México: Fondo Cultura Económica.

² MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio (2009). "Sobre la prescripción de la acción penal", En: MEINI, Iván. Imputación y Responsabilidad Penal; Ensayos de Derecho Penal. Lima, Ara Editores,. p. 81.

³ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander (2015). "El antejuicio político como causal de suspensión de origen de la prescripción de la acción penal", Actualidad Penal de Instituto Pacífico S.A.C., Lima, Perú, p. 209.

Se considera que la imprescriptibilidad, es una medida necesaria, para acabar con el ambiente de impunidad de los delitos contra la administración pública. Sin embargo, no es cierto que dicha impunidad se esté produciendo por la prescripción de la acción penal. Sino por el contrario, esta impunidad se debe en muchos casos, al negligente actuar de las autoridades y funcionarios encargados de la persecución de delitos. Nótese que en realidad con la imprescriptibilidad se está apañando el actuar negligente de los operadores jurídicos.

De igual manera, en pro de la imprescriptibilidad de delitos de corrupción, se considera que esta medida se sustenta en mérito a su dificultad probatoria, el cual requiere de tiempo. Argumento que tampoco es válido pues recordemos que con la interrupción de la prescripción de la acción penal, se computa un nuevo plazo de prescripción. Lo cual sin lugar a dudas brinda el suficiente tiempo como para que se pueda investigar y probar la realización de un delito de corrupción y a los responsables.

La imprescriptibilidad es una excepción de la prescripción, la cual puede explicarse perfectamente desde la extrema gravedad de ciertos delitos, que cuestionan las bases más esenciales de determinados modelos de sociedad⁴, es decir los delitos de lesa humanidad. En ese sentido, postular la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, supone equiparlos en igual grado de gravedad con los delitos de lesa humanidad. Lo cual no es posible. A diferencia de los delitos contra la administración pública, los delitos de lesa humanidad atentan contra los valores más importantes que “directamente” tiene el hombre.

Aprobar esta medida, supone una afectación al principio de igualdad y proporcionalidad:

a) Igualdad: Se pretende declarar imprescriptibles los actos de corrupción y no se hace lo propio con delitos mucho más graves como el asesinato, la violación sexual

⁴ RAGUÉS i VALLÉS, Ramón (2004). La prescripción penal; Fundamento y aplicación. Barcelona, Atelier,. p.

de menores. Lo cual deja ver un enfoque sesgado de los valores que protege el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho.

b) Proporcionalidad: Con medidas como esta, se vería distorsionada la pirámide de valores del programa político criminal de nuestro ordenamiento jurídico penal, se atentaría contra la proporcionalidad, nuestro ordenamiento penal se convertiría en un cúmulo de normas penales que responde más bien a exigencias o presiones de grupos⁵.

El tema nos trae a la mente recuerdos importantes que la sociedad asocia como escenarios de impunidad, por ejemplo el caso Walter Chacón y la prescripción del caso Comunicore. Sin embargo ninguno es un ejemplo correcto. El primero (general del régimen fujimorista que se enriqueció ilícitamente, padre de la congresista fujimorista Cecilia Chacón condenada por enriquecimiento ilícito) fue excluido del proceso por violación de la garantía constitucional del plazo razonable. La prescripción no tuvo nada que ver. En el segundo, la fiscalía no llegó a demostrar el perjuicio económico en contra del Estado en el caso Comunicore, por lo que al ser una colusión simple la dúplica del plazo de prescripción no se aplica (tema sobre el que no se puede hablar todavía de impunidad porque la Suprema Corte tiene pendiente pronunciarse sobre este punto).

Incluso en la sentencia del caso “Consortio Convial” se condenó a **Alex Kouri**, aun cuando la defensa de este último señalaba que la colusión había prescrito para el particular, en consecuencia, al no poderse condenar al particular no podría condenarse al funcionario en el delito de colusión (delito de encuentro). La Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima argumentó que la prescripción del particular no aplicaba a la prescripción (duplicada) del funcionario público⁶. En el pedido de prisión preventiva de

⁵ PARIONA ARANA, Raúl (2012). “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?”. p. 25. En MONTROYA VIVANCO, Yván (editor). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. IDEHPUCP, Lima.

⁶<http://laley.pe/not/3387/alex-kouri-lee-aqui-la-sentencia-por-colusion-desleal-que-lo-llevo-a-prision-> / consultado el 26/02/2018.

Alejandro Toledo, aun cuando sea cierto que el tráfico de influencias hubiera prescrito, como señalaba el abogado⁷, ello no afecta al lavado de activos. Por lo que no se podría decir que la actual regulación de la prescripción sea mala.

Finalmente, la imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública, podría traer efectos nocivos en nuestro ordenamiento jurídico, pues podría abrir las puertas para que se declaren imprescriptibles otros delitos por el sólo hecho de considerarlos graves. Asimismo podría generar una situación de retraso en la administración de justicia, al producirse una situación de inactividad de las autoridades y funcionarios encargados de la persecución de delitos, al estar estos confiados en que los delitos de corrupción no prescriben. Todo esto mérita que replanteemos la viabilidad la imprescriptibilidad de delitos contra la administración pública.

⁷<https://elcomercio.pe/politica/justicia/odebrecht-alejandro-toledo-acogerse-prescripcion-402042> consultado el 26/02/2018.

CAPÍTULO I:

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La corrupción ha trascendido en el tiempo y es uno de los problemas que afecta en nuestra sociedad globalizada. En nuestro país, la corrupción la últimas décadas ha experimentado un crecimiento que pone en peligro el funcionamiento y desarrollo del Estado y sus instituciones gubernamentales amenazando la democracia, afectando así el Estado democrático y el uso de los recursos públicos encaminados al desarrollo colectivo social.

El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) informó que la corrupción común desplazó a la delincuencia como el principal problema que afecta al país según la última Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) realizada entre noviembre 2016 y abril 2017.⁸

El estado frente a esta realidad ha dispuesto una lucha frontal contra la corrupción, una de estas medidas es el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016, aprobado por Decreto Supremo N° 119-2012-PCM.⁹

El Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016, y representa el esfuerzo de coordinación de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción y las instituciones del Estado, la sociedad civil y el sector empresarial que se han comprometido en la lucha frontal contra

⁸ Perú 21. 2017." La corrupción es el principal problema del Perú, según INEI". Lima. Perú.

⁹Diario El Peruano 08 diciembre 2012. DECRETO SUPLENTO N° 119-2012-PCM, "Aprueban Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2012-2016". Lima, Perú.

este fenómeno y que plantea como visión de la lucha contra la corrupción “un país libre de corrupción con una administración pública eficiente, honesta e inclusiva y una ciudadanía donde impere una cultura de valores éticos”. Esta visión marca el objetivo general del Plan: “un Estado transparente que promueve la probidad en el actuar público y privado; y garantiza la prevención, investigación, control y sanción efectiva de la corrupción en todos los niveles”¹⁰.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El 20 de agosto de este año 2017, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley 30650¹¹ que reforma el artículo 41 de la Constitución, con la finalidad de establecer la imprescriptibilidad de los delitos más graves contra la administración pública o contra el patrimonio del Estado.

La publicación de la Ley N°30650 en el en el diario oficial El Peruano, ha sido muy celebrada por la sociedad peruana, porque constituye una lucha frontal a la corrupción que hay en el país y que parece ser una herramienta legislativa sui generis.

Por esta ley se modifica el artículo 41 de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos:

“Artículo 41°.- Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los

¹⁰Ob. Cit.

¹¹Diario El Peruano 17 de Agosto del 2017. LEY N° 30650 " LEY DE REFORMA DEL ARTÍCULO 41°". Lima. Perú.

misimos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”.

La Defensoría del Pueblo, en el Informe 001- 2016-P/APCSG-PEPPCPP sobre los Proyectos de Ley 116/2016-CR, 119/2016-CR, 121/2016-CR, 122/2016-CR y 127/2016-CR, remitidos por las Comisiones de Justicia y Derechos Humanos, Constitución y Reglamento del Congreso de la República para opinión institucional de la Defensoría del Pueblo, puesto a disposición mediante Oficio 114-2016-DP/PAD de 29 de noviembre de 2016, considera que la propuesta de establecer la imprescriptibilidad de la acción penal para casos de corrupción de funcionarios, no superaría el test de proporcionalidad, debido a que no superaría los principios de idoneidad y necesidad, al concluir lo siguiente¹²:

La propuesta de hacer imprescriptible la acción penal para casos de corrupción de funcionarios, contenida en diversos dispositivos de los Proyectos de Ley N° 127/2016- CR, N° 121/2016-CR y N° 119/2016-

¹²Revisado el 2 de Octubre del 2017.

http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00116DC21MAY20161215.pdf

CR, por ejemplo, no supera a nuestro juicio, el examen de idoneidad y necesidad, al no acreditar que el tiempo actual para las investigaciones fiscales es, de un lado, inidóneo para procesar y sancionar a funcionarios corruptos antes que estos se amparen en la prescripción de sus delitos (asumiendo que esta fuera -como no es- la única causa de la impunidad), y, al no tomar en consideración medidas menos gravosas contra la garantía de la prescripción de los delitos (para la libertad personal), como lo puede ser la ampliación de los plazos de prescripción para los delitos más recurrentes o la restricción de esta figura –de la imprescriptibilidad– a figuras delictivas agravadas de la relación de ilícitos contra la administración pública.

Asimismo, y a juicio de los motivos expuestos en los proyectos de ley bajo comentario, es desproporcionado optar por esta medida que extiende ad infinitum e indiscriminadamente la acción penal para perseguir estos delitos tomando en consideración, además, la sistemática del ordenamiento penal que extiende a un máximo de treinta años el plazo de prescripción la acción penal para delitos de gravedad sancionados con cadena perpetua y reserva sólo para los crímenes de guerra y de lesa humanidad la imprescriptibilidad.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo el legislador penal ha de implementar las circunstancias agravantes y las penas en relación con la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción dentro del marco de un Estado de Derecho?

1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La investigación que proponemos se justifica y tiene importancia para los ciudadanos en general a fin de que motiven su conducta y se aparten de los delitos de corrupción y para los operadores de derecho:

Fiscales, Jueces, Abogados por lo que significa la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena para estos delitos.

II. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVOS GENERALES

- Analizar la modificación del cuarto párrafo del Art. 41 de la constitución en cuanto a la imprescriptibilidad de la acción en los delitos de corrupción.

2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Definir la imprescriptibilidad de la acción penal.
- Analizar los alcances y limitaciones de la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

III. HIPÓTESIS Y VARIABLE

3.1. HIPOTESIS

Si por imprescriptibilidad de los delitos de corrupción entendemos por el efecto nulo del tiempo respecto de la acción penal y de la pena entonces las circunstancias agravantes en los delitos de corrupción deben respetar el principio de legalidad y proporcionalidad.

3.2. VARIABLE INDEPENDIENTE

Imprescriptibilidad en los delitos de corrupción en el Código penal.

3.3. VARIABLE DEPENDIENTE

Las modalidades en los delitos de corrupción en el Código penal.

IV. MARCO MEDOLÓGICO

4.1. DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES DE LA HIPOTESIS	TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS	METODOS E INSTRUMENTOS
¿Cómo el legislador penal ha de implementar las circunstancias agravantes y las penas en relación con la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción dentro del marco de un Estado de Derecho?	Objetivo General - Analizar la modificación del cuarto párrafo del Art. 41 de la constitución en cuanto a la imprescriptibilidad de la acción en los delitos de corrupción. Objetivos Específicos - Definir la imprescriptibilidad de la acción penal. - Analizar los alcances y limitaciones de la imprescriptibilidad	Hipótesis general: Si por imprescriptibilidad de los delitos de corrupción entendemos por el efecto nulo del tiempo respecto de la acción penal y de la pena entonces las circunstancias agravantes en los delitos de corrupción deben respetar el principio de legalidad y proporcionalidad..	Variable independiente Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en el Código penal Variable Dependiente. Las modalidades de los delitos de corrupción en el Código penal.	Fichas de Resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.	• Análisis y síntesis. • Inducción - deducción. • Comparación Histórica. • Dogmático penal. • Dogmático constitucional. INSTRUMENTOS. • Revistas de Derecho constitucional. • Revistas de Derecho Penal.

	ad de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.				
--	---	--	--	--	--

4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

Se ha omitido la población y muestra del presente tesis ya que estamos ante un trabajo de investigación meramente dogmático de corte descriptivo-explicativo, enfocado desde un análisis cualitativo de la imprescriptibilidad de delitos de corrupción.

4.3. MATERIALES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de dogmático penal y dogmático constitucional.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos, contribuciones en publicaciones selladas, Análisis de las sentencias, Estudio de Revistas Sinopsis de Libros sobre el derecho Constitucional, derecho penal y Análisis de la legislación comparada.

4.4. MÉTODOS

De acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación, aquel reúne por su nivel las características de un estudio descriptivo, explicativo y correlacionado.

Por su finalidad esta investigación es del tipo Básica y por su profundidad es mixta (descriptiva-explicativa) inmersa dentro del marco dogmático penal e Interpretativo constitucional.

CAPITULO II

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO PENAL

El presente capítulo analizaremos algunos elementos generales de los delitos contra la administración pública los cuales nos contribuirán como preámbulo para un debido análisis de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en el Estado peruano.¹³

2.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

Existen diversas posiciones en cuanto al bien jurídico protegido, plasmadas en nuestra doctrina contemporánea desde un enfoque general de los bienes jurídicos protegidos por los delitos contra la administración pública.

En el presente punto se abordara el bien jurídico protegido de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos de manera general, establecidos en todos los tipos penales dentro de los cuales encontramos posturas como la probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede apreciarse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.

¹³ MONTOYA VIVANCO, Yvan (2015). "Manual sobre delitos contra la administración pública". Edit. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas¹⁴.

Actualmente la postura predomínate, en la doctrina y en la jurisprudencia es el correcto ejercicio del funcionario Público. El bien jurídico de relevancia penal en los delitos del Título XVIII Código Penal es el “correcto y regular funcionamiento de la administración pública”. Sin embargo, esta concepción es extensa y difusa, por lo que requiere un mayor análisis.

La administración pública es aquella actividad en que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado Constitucional de derecho pueda cumplir con su rol prestacional. Esta perspectiva de bien jurídico, no protege a la Administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones, sino que se protege a la administración pública en sentido funcional, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. Con esta definición, debería descartarse al patrimonio o a la “gestión eficaz”, como bienes jurídicos protegidos, pues, por un lado, el patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano, y, por otro lado, el Derecho Penal atiende a la eficiencia en la administración de los recursos del Estado, antes que a su simple eficacia.

¹⁴REAÑO PESCHIERA, José. (2009). Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. Lima: Jurista Editores, pp. 29-30. Esta perspectiva teórica es planteada por JAKOBS, Günther, citado por VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. (2003). Los delitos contra la administración pública. Teoría general.: Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela, p. 35.

La administración y la función pública de un Estado pensada y concebida para todos, no pueden beneficiar a ningún sector o persona particular. Por el contrario, la función pública debe guiarse por criterios objetivos, legales y prestacionales propios de una gestión democrática. De este modo, una correcta gestión pública se desprende de los principios y valores propios de la Constitución de una sociedad, la misma que debe apuntar a un sistema social equitativo, justo y democrático. En esta línea, el bien jurídico “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Ejemplo:

Si un fiscal acepta dinero por parte del abogado para archivar un caso contra un imputado, se estaría cometiendo un delito de cohecho y, con ello, vulnerando, en primer lugar, el correcto funcionamiento de la administración pública.

EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SERÍA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO GENERAL.

En segundo lugar, este delito supondría la vulneración del derecho al debido proceso de la parte civil, así como el principio de imparcialidad, lo que afecta el derecho a la igualdad de armas al momento de defender la parte civil su posición dentro del proceso.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD E IGUALDAD DE ARMAS SERÍAN LOS PRINCIPIOS DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA, ESPECÍFICAMENTE AFECTADOS.

El bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado.¹⁵

El bien jurídico es el “correcto funcionamiento de la administración pública” es supraindividual, es decir:

- Su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto.
- Es indisponible por un sujeto privado.¹⁶

Por esta razón, será ineficaz el consentimiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión¹⁷.

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010

“(...) no todos los delitos comprendidos allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo con el correcto funcionamiento de la administración pública (...)”

Sin embargo, algunos autores difieren de ella, ya que los delitos contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo.

¹⁵ MEINI, Iván. (2008). Delitos contra la administración pública. En: Delitos contra la administración pública. Guatemala: USAID, p. 7.

¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007). Derecho penal económico y de la empresa. Parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 188-189.

¹⁷ Al respecto, se puede encontrar información más detallada sobre la disponibilidad del bien jurídico en los delitos contra la administración pública en: VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo). En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. Además, no debe confundirse la finalidad político-criminal (que sería en última instancia la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos) con el objeto jurídico de protección del delito. Por este motivo, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública no es el derecho fundamental específico lesionado.

La lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública peligrar la función prestacional del Estado.

Con respecto de la afectación de la función prestacional del Estado por parte de los delitos contra la administración pública, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia recaída en el expediente N°00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012 señala que:

“Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” (Cfr. Exps. Ns 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14).

18. (...) de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. (...) De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional-

la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”.

2.2. LA TITULARIDAD DEL BIEN

Existen dos grandes posturas sobre la titularidad del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción:

- El Estado como titular del bien jurídico. Esta es la posición dominante y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.
- Los ciudadanos como titulares del bien jurídico. Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, y afectan los derechos de los administrados y de la colectividad en general¹⁸.

2.3. FUNCIONARIO PÚBLICO

La concepción de la definición de funcionario público tiene un trato diferente según el área del Derecho que lo regula. Por ejemplo, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución y del artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Estas normas establecen una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión). Esta definición ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa¹⁹ . :

¹⁸ ASUA BATARRITA, Adela. (1997). La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En: Delitos contra la administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 25.

¹⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2001). Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Lima: Palestra, p. 29.

- El artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.
- El artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276) excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta.

Por el contrario, como se verá más adelante, en el ámbito del Derecho Penal, la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo. Para el Derecho Penal no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado²⁰. En otras palabras, para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública.

El concepto de funcionario público utilizado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, respondiendo este a criterios de valoración estrictamente penal²¹.

2.3.1. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

²⁰OLAIZOLA FUENTES, Inés. (1997). Concepto de funcionario público a efectos penales. En: Adela ASUA BATARRITA (Coord.). Delitos contra la administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 77.

²¹ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, ídem. p. 30; DONNA, Edgardo. (2000). El concepto de funcionario público en el código penal peruano. En: Revista peruana de Ciencias Penales, N° 11-12, Año VII-VIII. pp.261-273; OLAZOLA FUENTES, Inés, ídem, p. 77.

La doctrina²² ha reconocido convenientemente los elementos del concepto de funcionario público como:

- La persona deberá estar incorporada a la actividad pública (título habilitante).
- La persona debe ejercer la función pública.

Sin embargo, por las razones expuestas a continuación, conviene utilizar los siguientes elementos²³:

- Incorporación heterónoma a la función pública.
- Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público.

1. La incorporación heterónoma a la función pública

La incorporación heterónoma a la función pública significa que el funcionario público adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que - distinta al propio funcionario- ostente el poder suficiente para vincular al nuevo servidor con la administración pública. El título habilitante de incorporación consistirá en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado²⁴.

Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública.²⁵

Así entendemos:

- Selección: elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente.

Ejemplo: El juez que es elegido por concurso público dirigido por la CNM.

²²ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, ídem. pp. 19-39.

²³MONTOYA VIVANCO, Yvan (2015). "Manual sobre delitos contra la administración pública". Edit. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Pag. 39

²⁴MONTOYA VIVANCO, Yvan. Informe de la lucha contra la corrupción en el Perú 2011-2012. En: Avances y retrocesos en el sistema penal anticorrupción: 2010-2012, p. 23. El texto completo se puede revisar en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc06122012-133036.pdf . Consulta: 07/02/18.

²⁵Ibidem.

- Designación: destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del SIN.

- Elección: nombramiento que regularmente se hace a través de un proceso de votación.

Ejemplo: El congresista que es elegido por elección popular.

Esta posición es la planteada por la **Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)**²⁶:

Artículo I de la CICC:

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

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

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

Estas formas de acceso a la función pública son igualmente reconocidas por la **Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)**²⁷:

Artículo 2 de la CNUC

“A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente

²⁶ Ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997.

²⁷ Ratificada por el Estado peruano el 16 de noviembre de 2004

o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

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

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

Así, una interpretación conjunta de ambos tratados lleva a postular la necesidad de una incorporación heterónoma a la función pública, resaltando las siguientes características:

- No importa la denominación o nomen iuris: la CICC ha buscado abarcar los distintos conceptos utilizados por los ordenamientos jurídicos de la región. En esta medida, ha dejado claro que no importa el nombre formal que se le otorgue al funcionario para que el Derecho Penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el Derecho interno de los estados.
- Título habilitante: tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo expuesto anteriormente sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, ya que señala como título de incorporación a la

selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.

- Irrelevancia del nivel jerárquico: como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.
- Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo como se puede observar, el requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa, es decir, excluye de la categoría de autores de los delitos de corrupción a las personas que no hayan sido incorporadas heterónomamente a la función pública.

Ahora bien, existen dos supuestos de casos que generan dificultades: Los funcionarios de facto y aquellos que usurpan funciones públicas de manera unilateral. En el primer caso, se trata de un particular que es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable²⁸ y/o inexistente. Por otro lado, en lo que respecta al usurpador de funciones, se hace referencia a los casos en que un sujeto, por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la posición de funcionario. A través de dos ejemplos, se aportará la solución a estos casos complejos:

Ejemplo 1:

El funcionario de facto o de hecho

El 17 de enero de 2001 se difundió un video en el que se aprecia cómo Vladimiro Montesinos (quien formalmente no era jefe del SIN sino Asesor II de la Alta Dirección de dicho órgano) le entregó a Luis Bedoya de

²⁸RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Sobrino Martínez. (2008). Delitos contra la administración pública. Barcelona: Bosch, pp. 37-50.

Vivanco, candidato al cargo de alcalde de Miraflores, la cantidad de US\$ 25,000 dólares americanos, pertenecientes a los fondos públicos del SIN, con el objetivo de financiar su campaña electoral municipal en 1998.

¿Podía Montesinos Torres ser considerado funcionario público para efectos del delito de peculado?

El Tribunal Constitucional, ratificando lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, dispuso lo siguiente:

“(...) Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal”.²⁹ De esta manera, al existir un título habilitante material, porque el expresidente Fujimori incorporó a Montesinos Torres en la cúpula del SIN (incorporación heterónoma por designación), permitiendo su acceso y disposición a los fondos públicos de dicha entidad, sí es posible considerarlo funcionario público.

En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, debe ser considerado funcionario público.

Ejemplo 2:

El usurpador unilateral de funciones

²⁹ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente 2758-2004-HC/TC (Fundamento 10).

Un sujeto compra la vestimenta de un policía de tránsito para utilizarla en su beneficio, detiene un automóvil que no tiene el SOAT y le exige al conductor la entrega de dinero a cambio de no sancionarlo con la multa respectiva.

¿Puede el referido sujeto ser considerado como funcionario público y responder como autor del delito de cohecho?

Es importante tener en cuenta que el sujeto se coloca, de forma ilegítima, en la posición de un funcionario público. Al no haber sido incorporado de forma heterónoma y con un título habilitante a la función pública sino que, por propia iniciativa, se hace pasar por funcionario; no podrá contar con el poder para vincular al Estado y, por tanto, no debe ser considerado funcionario público.

2. La posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público

Cuando se analiza si una persona puede o no ser considerada funcionario público en los términos del Derecho Penal, más que un ejercicio de la función pública debe hablarse de una posibilidad efectiva de ejercicio de la función pública, ya que desde esta posición se podrá al menos poner en peligro el bien jurídico protegido en estos delitos. La posición de cercanía al bien jurídico protegido no requiere de un ejercicio, sino de la posibilidad efectiva (y no irreal o abstracta) de ejercitar el poder otorgado al momento de la incorporación en el organigrama público. En otras palabras, cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento.

Este vínculo configura la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo. Este elemento también está presente en la CICC cuando, en lugar de utilizar la expresión “seleccionado, designado o electo que desempeñe actividad”, ha decidido estipular lo siguiente: “seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones (...)”. La preposición para es una evidente manifestación de que la voluntad del legislador (en este caso, los estados parte) ha sido que se incluya al funcionario que tenga la posibilidad efectiva del desempeño del cargo.

Ejemplo

El funcionario público electo

El artículo 47° del Reglamento del Congreso dispone que “el periodo parlamentario comprende desde la instalación del nuevo congreso, hasta la instalación del elegido en el siguiente proceso electoral”.

Alberto Kouri Bumachar³⁰ fue candidato al Congreso de la República para el periodo 2000-2005. El 9 de abril del 2000 se realizaron las elecciones presidenciales y congresales, siendo este elegido para el cargo de congresista de la República. No obstante, el 5 de mayo del mismo año Kouri Bumachar se reunió con Vladimiro Montesinos y recibió dinero para cambiarse a las filas del fujimorismo.

La lista oficial de congresistas fue publicada por el Jurado Nacional de Elecciones el 3 de junio, asumiendo estos funcionarios el cargo con fecha 28 de julio.

¿Debía ser considerado funcionario público Alberto Kouri Bumachar?

El Derecho Penal, como se ha señalado, asume un concepto autónomo de funcionario público, distinto al previsto en el Reglamento del

³⁰ Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 12 de febrero del 2003, recaída en el Expediente 06-2001.

Congreso. Según la Corte Suprema, Kouri Bumachar era funcionario público desde el 9 de abril de 2000³¹. Así, Kouri Bumachar se encontraba tan cerca del ejercicio efectivo de la función pública que era capaz de vincular materialmente al Estado con sus actos, sí debe ser considerado funcionario público. Cuando Kouri se reunió con Montesinos, ya había sido elegido como congresista. A pesar de que no ejercitó ni desempeñó el cargo público, Kouri Bumachar se encontraba en la posición de dominio que le permitía acceder y lesionar el bien jurídico. Son irrelevantes, por tanto, las normas administrativas que establezcan formalidades.

Esta son las consideraciones más importantes que el Derecho Internacional establece como concepto de funcionario público para efectos penales. Sin embargo, es posible encontrar otros elementos que no dejan dudas de una comprensión extensa de la calidad de funcionario público para efectos punitivos.

De esta manera, haciendo una interpretación conjunta de los instrumentos internacionales, se puede decir que el funcionario público queda caracterizado por lo siguiente:

- Ser un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, es decir, no interesa el lugar donde se ejerza la función pública.
- Haber sido designado, seleccionado o elegido. Conviene señalar, dentro de la modalidad “elección”, al funcionario seleccionado, ya que un proceso de selección culmina con la elección de la autoridad competente. Sin embargo, a efectos esclarecedores, se pueden diferenciar estos conceptos, como lo hace la CICC.
- El cargo puede ser permanente o temporal.
- El sujeto puede percibir una remuneración por ser servidor público, pero puede ser también un cargo honorario.

³¹Idem, Fundamento décimo cuarto.

- No importa la antigüedad en la función pública.
- Es funcionario público todo aquel que desempeñe o esté en posibilidad efectiva de desempeñar una función pública.
- Todo funcionario público según el Derecho Interno.

2.3.2. LA CONCEPCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO ATREVES LOS TRATADOS.

El artículo 425° del Código Penal hace referencia al concepto de funcionario; sin embargo, este cuerpo normativo, lejos de fijar un concepto único³² o una lista cerrada de lo que es un funcionario público, establece una lista enunciativa, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos según lo previsto en la Constitución, la ley o los convenios internacionales de los cuales somos parte.

El artículo 425° no constituye el concepto de funcionario público. Este se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcional. En otras palabras, el concepto funcionario público es un elemento normativo/jurídico de cada uno de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y, como tal, susceptible de interpretación. Los operadores jurídicos pueden apelar a enunciados de distinta fuente jurídica para dar un contenido razonable al concepto de funcionario público.

“Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

- 1.** Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
- 2.** Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.

³²A diferencia del artículo del código penal español que propone una definición de funcionario público

3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución política y la ley”.

Es importante destacar de este artículo que los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional, reafirmando la noción amplia y autónoma que señala este Manual para el Derecho Penal. Es más, el numeral 4 (administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente) plasma de manera clara y precisa el hecho de que al Derecho Penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados.

Ahora bien, el numeral 3 considera funcionarios públicos a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado. En este

sentido, la norma penal está incluyendo al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público que trabaje ad honorem (caso de la primera dama de la nación que ejerce alguna función pública sin percibir retribución económica), a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante preprofesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal pero sí un vínculo real-material con la función pública.

Como se señaló previamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido al funcionario electo como posible autor de los delitos contra la administración pública. Esto ha sido ratificado recientemente por la reforma de la Ley 30124, que modificó el inciso 6 del artículo 425°. Por lo tanto, se confirmó que es innecesario que el funcionario público electo ejerza efectivamente el cargo.

Por otro lado, se debe destacar que el artículo 425° haya utilizado los tres títulos habilitantes, a los que nos hemos referido en líneas anteriores, para la incorporación a la función pública, siempre que se den de forma heterónoma incluyen a todas las formas posibles de acceso a la administración pública³³:

- Selección (numeral 1, 3, 5)
- Designación (numeral 3 y 4)
- Elección (numeral 2 y 6)

Sin perjuicio de lo expuesto, se podría sostener que el artículo 425° refuerza el elemento de la incorporación heterónoma a la función pública y, con la reciente reforma de la Ley 30124, reconoce el elemento de la posibilidad efectiva de desempeñar un cargo público. Como veremos posteriormente,

³³Supra. Concepto de funcionario público. Elementos del concepto. A. Incorporación heterónoma a la función pública.

esta reforma sigue la orientación de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, en concreto, con la Convención Interamericana contra Corrupción³⁴ (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Finalmente, el numeral 7 del Código Penal representa una cláusula abierta que se condice con la naturaleza enunciativa, más no taxativa ni constitutiva, de la lista reconocida por el artículo 425 del Código Penal. Pero, ¿qué implica establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley? ¿Qué norma de rango constitucional o legal nos brinda un acercamiento al concepto de funcionario público del Derecho Penal? De una revisión de nuestro ordenamiento jurídico puede afirmarse que las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55° de nuestra Constitución que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”³⁵.

Así, las disposiciones ya reseñadas de los artículos 1 y 2 de la CICC y el artículo 2 de la CNUC son normas autoaplicativas o de aplicación inmediata y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por los operadores del Derecho cuando determinen quién es funcionario público³⁶.

³⁴VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe: Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_peru.htm. Revisado el 12/03/18.

³⁵ En el mismo sentido, la Ley 26647, la cual dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

³⁶ En cualquier caso deben ser consideradas disposiciones que funcionan como criterios de complementación hermenéutica al tratarse de un concepto (el de funcionario público) normativo del tipo penal.

¿Qué es una norma autoaplicativa de aplicación automática?

En el Derecho Internacional existen normas auto-aplicativas y normas no autoaplicativas o programáticas.

Una norma autoaplicativa es aquella norma completa, es decir, que puede ser aplicada o que despliega sus efectos de manera inmediata, sin la necesidad de algún acto legal adicional. Las normas no autoaplicativas, por el contrario, requieren de un desarrollo legislativo posterior para su aplicación.

Para que una norma sea autoaplicativa es necesario que cumpla con lo siguiente:

- Que otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigido ante el juez.*
- Que sea lo suficientemente específica para poder aplicarse judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de recurrir a alguna norma adicional³⁷.*

En conclusión, las normas internacionales referidas al concepto de funcionario público son autoaplicables, toda vez que representan definiciones completas, claras y específicas, siendo su cumplimiento un deber del operador judicial, ya que su omisión generará la responsabilidad internacional del Estado peruano.

Esta posición ha sido asumida por la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006, en relación a la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. La Corte señaló:

³⁷ CÂNCADO TRINTADE, Antônio. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Citado por: BRÉGAGLIO LAZARTE, Renata, ibídem.

“(....) que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos su niveles jerárquicos, indicando que se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (...).”

A todo lo anterior, se debe agregar que este razonamiento no representa ni una integración analógica de la norma ni la aplicación de una ley penal en blanco. No es integración analógica: la integración analógica consiste en la aplicación de la consecuencia de la norma jurídica a un supuesto de hecho distinto a esta³⁸ Además, como todo método de integración, la analogía opera frente a una laguna del Derecho. En el presente ejemplo se está interpretando, no integrando, un elemento objetivo y normativo del tipo penal, como es el elemento funcionario público.

No es aplicación de ley penal en blanco: este razonamiento no implica una remisión que rellene un vacío dejado por un elemento faltante que se

³⁸RUBIO CORREA, Marcial. (2009). El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Lima: PUCP, p.264 y ss.

encuentra fuera del tipo penal (remisión en bloque o ley penal en blanco),³⁹ sino que implica un elemento que requiere, para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, la ayuda de alguna norma⁴⁰. Esto se denomina remisión interpretativa.

El concepto de funcionario público es un elemento normativo del tipo⁴¹ que requiere para su entendimiento que el operador jurisdiccional utilice otras normas penales del ordenamiento peruano como, por ejemplo, el artículo 425° del Código Penal, el artículo 1° de la CICC o el artículo 2.a de la CNUCC.

2.4. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Desde la perspectiva del funcionario público como elemento del tipo central de los delitos contra la administración pública como: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales de esta manera el presente punto acápite analizaremos el de delitos especiales de la administración pública.

39 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2008, enero). Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del delito económico. En: Revista Penal, tomo 21, p. 4. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/338/329>. Consulta: 14/02/18.

⁴⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2004). Curso de derecho penal. Parte general I. Madrid: Universitas, p.351. En un sentido similar: GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20\(Documentos\)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf). Consulta: 14/02/18, p. 72.

⁴¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, op. cit. p. 352. Cabe recordar que todos los tipos penales tienen elementos descriptivos del tipo y elementos normativos. Los primeros pueden ser conocidos con el común saber empírico, mientras que los segundos requieren de una norma para la correcta comprensión de su alcance y definición.

2.4.1. LOS DELITOS ESPECIALES DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto delito especial:

- Delitos especiales en sentido simple: según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal⁴².
- Delito especial en sentido complejo: este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial⁴³.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales⁴⁴, criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal”⁴⁵.

⁴² GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2006). Los delitos especiales. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, p. 27.

⁴³ Ibidem, p. 22

⁴⁴ PARIONA ARANA, Raúl. (2011, enero). La teoría de los delitos de infracción de deber. En: Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima; tomo 19, p. 81; CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf. Consulta: 08/02/13; REAÑO PESCHIERA, José Leandro, op. cit. p. 23 y ss.

⁴⁵ Destaca la sentencia del 20 de julio de 2009 recaída en el expediente AV- 23-2001 emitida por la Sala Penal Especial dela Corte Suprema en contra de Alberto Fujimori Fujimori. p.35. Pie de página 3.

El definición conceptual simple del delito especial brinda una herramienta útil para analizar estos delitos, ya que distingue su único rasgo común; la inidoneidad para ser cometidos por cualquier sujeto.⁴⁶ El concepto simple es solo la puerta de entrada a la problemática de los delitos especiales cuya comprensión obliga a conocer el motivo de la delimitación del círculo de autores (es decir, incorporar el concepto complejo). La determinación de este fundamento debe permitir responder algunos aspectos problemáticos que plantean los delitos especiales que serán, posteriormente, analizados.

¿Cuál es el fundamento de la restricción legal del círculo de autores en los delitos especiales? Esta pregunta exige recordar que existe una gran variedad de delitos que pueden ser incluidos en la nomenclatura de delitos especiales. ¿Tienen todos ellos el mismo fundamento material? Parece claro que no, que hay distintas clases de delitos que presentan diversos motivos y razones por los que el legislador decidió acotar el número de autores a un grupo con cualidades especiales. En este contexto, existen diversas clases de delitos especiales en sentido complejo que responden a fundamentos materiales distintos. Este Manual se limita al de los delitos funcionariales especiales.

Pese a ello, antes de abordar la clasificación de los delitos especiales en sentido complejo, es necesario hacer un breve reencuentro de las principales posturas sobre el fundamento de estos delitos. Así quedarán expuestas las dos teorías que mayor acogida han tenido por la doctrina y que, además, han sido asumidas por la Corte Suprema de la República y por las cortes superiores de Justicia: a) la infracción de deber y b) el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico⁴⁷.

a) Delitos especiales como delitos de infracción de deber

⁴⁶GÓMEZ MARTÍN, Víctor, op.cit. p. 16.

⁴⁷ MONTROYA VIVANCO, Yvan (2015). "Manual sobre delitos contra la administración pública". Edit. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Pag. 55

Una primera postura, la teoría de la infracción de deber, fue planteada como un criterio de la autoría alternativo al llamado dominio del hecho⁴⁸. Así, el fundamento de la autoría en algunos delitos ya no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal que es infringido. En este sentido, los criterios de dominio del hecho e infracción de deber son completamente independientes entre sí, y su diferenciación vendría impuesta por la ley⁴⁹.

Tomando en cuenta lo anterior, será autor de delitos especiales en sentido complejo quien infringe un deber previo al plano de la norma penal contenido casi siempre en normativa extra penal o infracción del deber y no quien tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho⁵⁰.

Ejemplo

El autor del delito de cohecho pasivo será el funcionario público que infrinja su especial deber de fidelidad y lealtad a la función pública, previstos en el Código de Ética de la Función Pública y normativizados a través del artículo 393° del Código Penal.

Por el contrario, será participe de estos delitos todo interviniente que no tenga este deber extra penal, aunque tenga dominio del suceso fáctico.

Cabe señalar que para esta posición, planteada por el profesor Roxin, todos los delitos especiales se caracterizan porque el autor es quien tiene una posición de deber extrapenal, motivo por el cual se utiliza el concepto “delitos de infracción de deber” en lugar de delitos especiales en sentido complejo.

JURISPRUDENCIA

⁴⁸ROXIN, Claus. (2000). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, pp. 385-

434.

⁴⁹Idem. p. 420.

⁵⁰Idem. p. 386.

Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria.

“Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

Una segunda postura que replantea la teoría de la infracción de deber, es la presentada por Jakobs y seguida por sus discípulos. Esta señala que existen dos tipos de deberes (correspondientes a dos ámbitos de competencia)⁵¹:

1. Competencia por organización: correspondiente a los deberes de todo ciudadano de no dañar a nadie (deberes negativos). La norma se dirige al ciudadano con la expectativa de que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo. Pertenecen a esta categoría los delitos comunes o de dominio.
2. Competencia institucional: correspondiente a los deberes que nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos)⁵². Estos no se limitan a no dañar, sino que implican una prestación de ayuda y fomento⁵³.

⁵¹JAKOBS, Günther. (1997). La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En: Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas, pp. 343-363

⁵²JAKOBS, Günther. (1997). La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En: Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas, pp. 343-363

⁵³SÁNCHEZ-VERA, Javier. (2003). Delitos de infracción de deber. En: Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.). Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 274.

Esencialmente se pueden distinguir dos tipos de deberes positivos: los familiares (por ejemplo, los de la madre con la salud del hijo) y los estatales⁵⁴ (por ejemplo, los del funcionario con el correcto funcionamiento de la administración pública).

Del esquema anterior, se desprende claramente que los delitos de corrupción deberían calzar dentro de los delitos por infracción de un deber positivo-institucional (deber estatal). Como consecuencia de esto, el estatus de funcionario deja de ser un simple elemento agravante y se convierte en la esencia del delito contra la administración pública⁵⁵. Cabe advertir que nuestra jurisprudencia, cuando ha entendido este tipo de delitos como delitos de infracción de deber lo ha entendido desde la perspectiva planteada por el profesor Claus Roxin.

b) Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico

La teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico⁵⁶ parte por preguntarse cuáles son las necesidades político-criminales detrás de la decisión del legislador de elaborar un delito especial.

En esta línea, esta perspectiva sostiene que el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no en la infracción de un deber formal extrapenal o institucional (como lo sostiene la teoría de la infracción de deber), sino en una

⁵⁴ SÁNCHEZ-VERA, Javier. (2003). Delitos de infracción de deber. En: Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.). Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 275.

⁵⁵ RUEDA MARTIN, María Ángeles. (2010). Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal. Granada: Comares; ROBLES PLANAS, Ricardo. (2003). La participación en el delito: fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. (2011). Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito. Barcelona: Indret. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>. Consulta: 22/02/18; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, loc. cit. En la doctrina peruana: PARIONA ARANA, Raúl. (2011, enero). La teoría de los delitos de infracción de deber. En: Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 19; SALINAS SICCHA, Ramiro, loc. cit.

⁵⁶ SCHUNEMANN, Bernd. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Revista de derecho penal y criminología de la Universidad del Externado de Colombia, N ° 75, vol. 25, pp. 13–25.

relación especial de dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Este dominio se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado, es decir, en la cercanía o proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le permite tener la capacidad de afectarlo desde la organización estatal. En este sentido, es la función del autor frente a la especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico, lo que favorece que tenga el dominio del resultado lesivo.

Ejemplo

Un juez tiene la función de impartir justicia (servicio público). De esta forma, de él depende -situación de vulnerabilidad- que la administración pública funcione correctamente (específicamente en el ámbito jurisdiccional que le corresponde). En esta medida, el juez que recibe dinero de un abogado para que agilice un proceso será autor del delito de cohecho pasivo en virtud de su dominio sobre el bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la administración de justicia).

Ello resulta pertinente en los casos de los delitos de corrupción, porque el funcionario ejerce un control especial sobre el suceso que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública; a raíz de la posición interna y del poder estatal del que dispone el funcionario.

Esta tesis también ha sido acogida por Pleno Jurisdiccional Superior Penal:

JURISPRUDENCIA

Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004. Tema 5, Acuerdo Primero.

“Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate. (...)

Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado”.

2.4.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES

Tradicionalmente, los delitos especiales como aquellos contra la administración pública se clasifican en propios e impropios:

- **Los delitos especiales propios:** caracterizados porque la cualidad especial del autor (funcionario público para los delitos que son materia de este Manual) fundamenta la responsabilidad penal. Es decir, si el autor del delito no es funcionario público entonces no existe tipo penal común similar (o subyacente) por el que pueda responder. Ejemplo de ello son los siguientes delitos: el abuso de autoridad, la malversación de fondos, el cohecho pasivo, el enriquecimiento ilícito o el prevaricato.
- **Los delitos especiales impropios:** caracterizados porque la cualidad especial del autor solamente equivale a un elemento adicional que, generalmente, agrava, (aunque a veces) atenúa la responsabilidad penal ya existente en un delito común. Así, si el sujeto no tiene tal cualidad, responderá inmediatamente por el delito común. Ejemplo de ello son los siguientes delitos: la concusión (en relación con las coacciones o la estafa) y el peculado (en relación al hurto o a la apropiación ilícita).

Ejemplo:

- El delito de peculado protege el correcto funcionamiento de la administración pública.
- El delito de apropiación ilícita protege el patrimonio.

Ante el diferente objeto de protección penal, solo queda afirmar la autonomía entre estos dos tipos penales.

2.5. COMISIÓN POR OMISIÓN^{57 58}

2.5.1 COMISIÓN POR OMISIÓN Y POSICIÓN DE GARANTE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO SUPERIOR

La diferencia entre omisiones y comisiones se puede hacer desde dos enfoques:

- **Plano ontológico:** las omisiones implican un dejar de hacer mientras que la comisión se representa como un hacer⁵⁹.
- **Plano normativo:** las comisiones significan la injerencia en la autonomía de terceros mientras que las omisiones implican la ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos.

En este contexto, la comisión por omisión comparte con la omisión su base ontológica, a la vez que su base normativa implica la injerencia en una esfera jurídica ajena.

Esta produce que, a diferencia de un delito de omisión pura, el hecho cometido por comisión por omisión se subsuma en un tipo penal que describe, desde un uso natural del lenguaje, la lesión de un bien jurídico mediante un quehacer activo⁶⁰ (por ejemplo, los tipos penales contra la administración pública).

⁵⁷ Este acápite recoge las principales ideas del siguiente artículo: GUIMARAY MORI, Erick y Julio RODRIGUEZ VASQUEZ. Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales. En: *Ius et veritas*, edición 51. En edición.

⁵⁸ MONTOYA VIVANCO, Yvan (2015). "Manual sobre delitos contra la administración pública". Edit. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Pag. 57

⁵⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. (2004). Comisión y omisión: Criterios de distinción. En: *Estudios sobre delitos de omisión*. Lima: Grijley, p. 16.

⁶⁰ SCHUNEMANN, Bernd. (2009). El denominado delito de omisión impropia. En: *Discursos universitarios*. Arequipa: Pangea, p. 21

De acuerdo a Mir Puig, las peculiaridades del tipo de comisión por omisión son las siguientes:

- Producción de un resultado (lesión de bienes jurídicos).
- Posibilidad de evitarlo.
- Posición de garante.⁶¹

En esta línea, cuando un funcionario público decide libremente formar parte de la administración pública y es incorporado asume el dominio sobre el “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”. Así, el funcionario adquiere deberes que le exigen ejercer la función pública de manera objetiva, legal y prestacional, y el deber de evitar la afectación de dicho bien jurídico por parte de terceros y sus subordinados. Por este motivo, siempre que el funcionario público deje de cumplir con sus deberes funcionariales y esto produzca una lesión o puesta en peligro del bien jurídico estaremos ante un caso de responsabilidad penal, sea de forma comisiva u omisiva.

2.5.2 FUNCIONARIO QUE OCUPA CARGOS DE PODER

La teoría del dominio sobre el fundamento del resultado también puede ser utilizada cuando el acto de corrupción se comete en el seno de una institución pública, caracterizada por la división funcional del trabajo en el plano horizontal y la jerarquía en el plano vertical.

El funcionario público que encabeza una estructura de este tipo tiene una posición de garante muy intensa, ya que se basa en el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. La razón de esto radica en que los servicios públicos (necesarios para permitir el acceso a los derechos fundamentales) dependen de cómo realizan su función los

⁶¹MIR PUIG, Santiago. (2006). Derecho penal. Parte general. Barcelona: Reppertor, p. 318

servidores públicos responsables, especialmente los superiores a cargo. En otras palabras, el correcto y normal funcionamiento de la administración pública se encuentra en una posición de dependencia y vulnerabilidad frente a la función del servidor público superior.

En palabras de Eduardo Demetrio, la delegación produce un efecto de mutación, pues convierte la obligación original del delegante en un deber de control sobre su subordinado. Como vemos, lo importante es que la delegación no implique el abandono de la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, de forma que el que delega mermando las condiciones de seguridad existentes puede responder de los daños que se derivan del empeoramiento de la situación previa a la delegación. De esta manera, el superior jerárquico mantiene un dominio personal sobre el resultado lesivo al bien jurídico.

JURISPRUDENCIA

R.N. 77-2012. Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de agosto de 2012, pp. 41-42.

“(…) en un ámbito de organización complejo el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la entidad pueda alcanzar sus fines, siendo que **el deber del delegante respecto de la salvaguarda de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente, realizan los delegados** (…) siendo esto así emerge una posición de garante sobre los riesgos generados por la administración pública, sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa.

En el presente caso correspondía al Presidente Regional del Cusco velar por el patrimonio de la entidad pública de la que era titular (...).

2.6 DELITOS DE ENCUESTRO

El problema de los delitos de encuentro es dogmático respecto de la punibilidad o impunidad de un sujeto que colabora o contribuye con la conducta del autor (funcionario público).

A efectos de hacer más comprensible la problemática, primero es conveniente efectuar un acercamiento general a los delitos de intervención necesaria para, posteriormente, confluir en la problemática específica de los delitos de encuentro.

2.6.1 DELITOS DE INTERVENCIÓN NECESARIA

Se llaman delitos de intervención necesaria, de participación necesaria o plurisubjetivos a aquellos que para la configuración de su tipo penal requieren, imprescindiblemente, la intervención de más de una persona ⁶². Es decir, el tipo penal no solo describe la conducta del autor, sino también la conducta de otra persona.

2.6.2 LOS DELITOS DE CONVERGENCIA Y LOS DELITOS DE ENCUESTRO

Los delitos de intervención necesaria han sido clasificados por la doctrina penal ⁶³ en dos clases de delitos:

⁶²JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. (2002). Tratado de derecho penal. Parte general. Granada: Comares, p.751.

⁶³JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, loc. cit.; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, op. cit. p. 66 y ss.; CARRASCO ANDRINO, María del Mar, op. cit., p. 59 y ss.

- **Los delitos de convergencia:** son aquellos donde las actividades de los intervinientes descritos en el tipo penal se dirigen conjuntamente al mismo objetivo. Es decir, el tipo penal exige la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección.
- **Los delitos de encuentro:** son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse. Es decir, si bien las acciones de los intervinientes se dirigen a una misma finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria. Es muy importante diferenciar los delitos de encuentro en que el tipo penal está configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido (por ejemplo, en el delito de violación sexual de menor), de aquellos delitos de encuentro en que el tipo penal no está configurado para proteger a la tercera persona concurrente (por ejemplo, el delito de colusión). En el primer caso, es muy claro que el tercero es una víctima del delito y no responde por delito alguno, mientras que, en el segundo caso, como se menciona más adelante, no hay ningún problema para que responda como cómplice o que se investigue según las reglas de la parte general.

La diferencia con los delitos de convergencia es que, en los delitos de encuentro, el interviniente necesario actúa desde una posición distinta de la que actúa el autor. Aquí la conducta del interviniente no “converge” con la conducta del autor para luego vulnerar un bien

jurídico, sino que se “encuentra” con la conducta de autor, quien actuó de manera aislada y autónoma.

2.7 LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR

Si bien los delitos especiales exigen una cualidad especial de función entre el autor y una posición especial con respecto del bien jurídico protegido, desde esta perspectiva, en la doctrina penal, se ha reconocido en dos enfoques teóricos para solucionar la intervención del particular en esta clase de delitos dentro de estos tenemos las siguientes teorías:

- Las teorías de la impunidad.
- Las teorías de la responsabilidad.

2.7.1. LAS TEORÍAS DE LA IMPUNIDAD

Como máximo representante teoría tenemos a Robles Planas, quien sostiene que el extraneus (extraño o ajeno) nunca podrá responder penalmente por un delito especial, dado que su responsabilidad penal es una autónoma o principal, no derivada de la responsabilidad del autor del delito especial. En otras palabras, esta teoría plantea que la responsabilidad del extraneus no es accesoria a la del autor del delito, ya que de acuerdo con el principio de la accesoriedad “positiva” o “principal” de la participación criminal la sanción de los partícipes (inductores y cómplices), se fundamenta en la conducta del partícipe con el propio hecho delictivo y no en la relación de dependencia de la conducta del partícipe con la del autor. Por lo tanto, al ser los delitos especiales -como los delitos funcionariales- delitos en los que el círculo de posibles autores se encontraría limitado a aquellos sujetos sobre los que recaería un determinado deber jurídico especial, solo ellos podrían responder penalmente, pues los extraneus no incumplirían ningún deber especial. La conducta del extraneus sería, por tanto, penalmente irrelevante.

2.7.2. LAS TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD

Dentro de las teorías de la responsabilidad, defendidas por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria española, sostienen que el extraneus que participa en la comisión de un delito especial debe también responder penalmente. Dentro de esta corriente de pensamiento se han reconocido, principalmente, dos tesis⁶⁴:

1. La tesis de la infracción de deber: esta pretende explicar la responsabilidad del extraneus a partir de su contribución al quebrantamiento de deberes especiales o a la defraudación de expectativas positivas de actuación por parte del intraneus. Plantea dos posturas internas:
 - La postura de Roxin: el partícipe de un delito de infracción del deber (delito especial) también debe responder penalmente, dado que contribuye a la infracción de un deber especial del autor. La participación se caracterizaría por ser una “cooperación sin infracción de deber”.
 - La postura de Jakobs: el partícipe de un delito especial puede ser sancionado en virtud de la prohibición ampliada por la regulación de la participación en la Parte General del Código Penal. En los delitos especiales, el partícipe, con su contribución al hecho delictivo, también defrauda expectativas positivas acerca del correcto accionar de los funcionarios públicos, por lo que estos merecen, igualmente, ser sancionados.
2. La tesis de la vulnerabilidad del bien jurídico: según esta tesis, el extraneus responde penalmente por un delito especial cometido por el intraneus a título de autor ya que, aunque este es un sujeto que formalmente no pertenece a la esfera de posibles autores (por

⁶⁴ MONTROYA VIVANCO, Yvan (2015). “Manual sobre delitos contra la administración pública”. Edit. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Pag. 67

ejemplo, no tiene la cualidad especial de funcionario público), contribuye de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en situación de vulnerabilidad respecto del intraneus. Según Rueda Martín, el ámbito de protección del delito especial abarca todos los ataques al bien jurídico, tanto de ataques de un autor intraneus (ataque directo) como de ataques de un partícipe extraneus (ataque accesorio).

La punición del extraneus ha sido recogida por el Acuerdo 1° del Tema N° 5 del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004, el cual establece que la sanción del partícipe es siempre, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial), accesoria a la punición del autor.

Del mismo modo, en el fundamento 11 del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del 6 de diciembre de 2011, se estableció que el extraneus, aun cuando no puede responder como autor del delito especial, pues no tiene la obligación especial del intraneus, sí puede responder penalmente como partícipe (cómplice o inductor).

CAPITULO III

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.2. LA PENA

Según Gerardo Landrove Díaz la pena consiste en “la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”⁶⁵. Desde esta perspectiva entendemos en un sentido unificado que la pena es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito⁶⁶. Siendo necesario el estudio de la clasificación de la pena a continuación se analizarán las distintas clasificaciones de las mismas y su aplicación en los delitos de contra la administración pública.

3.2.1. CLASIFICACIÓN

En la normativa penal contemporánea, la doctrina e incluso la normativa internacional muestran que las penas son posibles de clasificar conforme a distintos criterios. Dentro de estos diversos puntos de vista, conviene subrayar las siguientes clasificaciones:

- a) Por su naturaleza o por razón del derecho afectado: las penas pueden ser penas privativas de libertad, no privativas de libertad (o de restricción de otros derechos) y las pecuniarias.
- b) Por su autonomía: las penas pueden ser principales o accesorias.

⁶⁵LANDROVE DÍAZ, Gerardo. (2005). Las consecuencias jurídicas del delito. Madrid: Tecnos, p. 18

⁶⁶Sentencia emitida el 24 de enero de 2005 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. R.N 3374-2003, La Libertad. Fundamento 6

- Penas principales: son aquellas que están previstas de modo específico para el concreto delito previsto en la Parte Especial del Código Penal⁶⁷. (sea en el propio tipo penal sea al final de un capítulo de la parte especial). En razón de ello, el juez tiene la obligación de imponerla de modo directo como sanción del delito⁶⁸.
- Penas accesorias: son aquellas que no pueden ser directamente impuestas, toda vez que no están previstas de forma expresa para el delito específico en la Parte Especial del Código Penal. En este sentido, el juez deberá recurrir a los criterios de la Parte General (art. 39 CP) para aplicar, de forma indirecta, estas medidas. En otras palabras, la pena accesoria no está prescrita obligatoriamente en el precepto de la parte especial, sino que esta es aplicada por decisión judicial según los criterios de la parte general. Ahora bien, esto solo podrá hacerse cuando el Ministerio Público solicite la aplicación de dicha pena, ya que lo contrario supondría una vulneración al principio acusatorio⁶⁹.

C) Por su imposición: las penas pueden ser únicas, conjuntas y alternativas.

- Las penas únicas serán aquellas que consisten en una única pena de determinada naturaleza.
- Las penas conjuntas serán aquellas que están constituidas por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza. En tal sentido, el juez deberá imponer todas las penas concurrentes.

⁶⁷ 5 GRACIA MARTÍN, Luis. (2004). El sistema de penas en el código penal español. En: Luis GRACIA MARTÍN (Coord.). Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 45.

⁶⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2010). Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios. Lima: IDEMSA, p. 44.

⁶⁹ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116.

- Finalmente, las penas alternativas son aquellas penas de distinta naturaleza que el legislador establece para un delito con el objeto de que el juez escoja solo una de ellas, excluyendo las demás.

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, conviene recordar que el ordenamiento jurídico penal peruano clasifica las penas por su naturaleza:

- Privativa de libertad: temporal y permanente.
- Restrictiva de libertad: expatriación.
- Limitativa de derechos: inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres.
- Multa.
- Vigilancia electrónica personal.

3.2.2. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La pena privativa de libertad es definida como la “reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida”. El artículo 29° del Código Penal constituye dos clases de penas privativas de libertad:

1. La pena privativa de libertad temporal (2 días – 35 años).
2. La pena privativa de libertad de cadena perpetua (indeterminada con una revisión periódica desde el cumplimiento de los 35 años de pena privativa de libertad, ello de acuerdo al artículo 4° del Decreto Legislativo 921). Ningún delito de corrupción está sancionado con cadena perpetua, por el contrario, la mayoría de estos delitos tiene como consecuencia la pena privativa de libertad temporal (excepto el delito de nombramiento aceptación ilegal que es sancionado solo con pena de multa).

3.2.3. PENA DE MULTA

La multa es una pena patrimonial que consiste en el pago de una cantidad de dinero⁷⁰. De esta forma, el menoscabo patrimonial es el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo al penado, como instrumento de prevención del delito.

El Código Penal ha regulado la pena de multa en los artículos 41° al 44°. Se debe tener en cuenta que esta regulación impone que su naturaleza de pena principal⁷¹, es decir, la pena de multa debe estar contenida en un artículo de la parte especial para ser aplicada. Esta característica ha quedado clara con la incorporación explícita de la pena de multa, efectuada por la Ley 30111, en varios delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos como el delito de colusión, concusión, peculado, entre otros. Es necesario recordar que la multa, a diferencia de la reparación civil, es una pena, de forma que no obedece a los criterios de responsabilidad civil extracontractual.

3.2.4. PENA DE INHABILITACIÓN

La pena de inhabilitación, al momento de su imposición, cumple, esencialmente, un fin preventivo especial, ya que aparta al condenado de aquella situación o posición que puede ser instrumentalizada para seguir lesionando bienes jurídicos de terceros⁷².

Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No. 2-2008/ CJ-116

“La pena debe estar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido podría valerse en el futuro para cometer el delito”.

⁷⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. La pena de multa. En: Luis GRACIA MARTÍN (Coord.). Las consecuencias jurídicas del delito, p. 166

⁷¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, op. cit., p. 65

⁷² SALINAS SICCHA, Ramiro. (2011). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley, pp. 628-629

Ahora bien, la Corte Suprema, a través del acuerdo plenario mencionado, ha identificado los supuestos bajo los cuales opera la inhabilitación.

1. El sujeto tiene una posición de poder o dominio, de la cual se vale para delinquir:

Ejemplo:

La congresista MC se vale de su función para apropiarse de bienes del Estado que le fueron asignados para fines determinados. En tal sentido, es responsable del delito de peculado. El juez la condena por dicho delito y la sanciona con una pena de inhabilitación principal (artículo.426°) de 10 años.

2. El sujeto viola un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar:

Ejemplo:

La señora MC, que no ejerce ningún cargo público, ayuda a su padre, funcionario público, a enriquecerse ilícitamente. Luego, ella es elegida congresista de la República. El juez emite sentencia y condena a MC por participe del delito de enriquecimiento ilícito, sancionándola con pena de inhabilitación principal (art.426) de cuatro años, de forma que no puede seguir ejerciendo su cargo de congresista.

La pena de inhabilitación consiste en “la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las

penas de prisión y la multa”⁷³. En esta línea, el artículo 36° del Código Penal regula la pena de inhabilitación. En el mismo sentido, el artículo 30.7 de la CNUC establece la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación.

Artículo 30.7 de la CNUC

“Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandato judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo de la presente Convención para:

- a) Ejercer cargos públicos; y
- b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado”.

Ahora bien, este tipo de pena es, especialmente, importante por dos motivos:

1. Evita que el funcionario corrupto continúe lesionando el buen funcionamiento de la administración pública;
2. En algunos casos, este tipo de pena, se constituye en la más importante a imponer al funcionario público, puesto que muchos de los delitos de corrupción pueden tener penas concretas de cuatro años (o menores), supuestos que permiten usualmente la suspensión de la ejecución de la pena.

⁷³ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. (2005). Manual de derecho penal. Parte general. Buenos Aires: EDIAR, p. 727.

En esta medida, como se verá a continuación, el juez tiene la obligación de imponer la pena de inhabilitación a los funcionarios corruptos.

3.2.4.1. INHABILITACIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

El legislador peruano ha creído conveniente introducir, al final del título VIII del Libro Segundo del Código Penal (delitos contra la administración pública), una norma específica sobre la pena de inhabilitación para todos los delitos de corrupción:

Artículo 426° del Código Penal

“Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36 inciso 1 y 2. (...)”

Esta es una técnica legislativa recurrente en el Código Penal, según la cual se dispone la pena de inhabilitación para toda una clase de delitos al final de un título de la parte especial del mismo⁷⁴.

En este sentido, debemos recordar que la ubicación sistemática y legal de la inhabilitación conminada es el criterio que nos llevará a afirmar el carácter principal o accesorio de la pena⁷⁵.

De esta manera, no resulta relevante que el tipo legal diga que la pena de inhabilitación del artículo 426° es accesoria, puesto que su ubicación en la parte especial nos obliga a reconocer

⁷⁴ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 6.

⁷⁵ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7, segundo párrafo.

su naturaleza de principal. Este razonamiento ha sido respaldado por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116⁷⁶.

Lo anterior puede aceptarse más fácilmente si se pone atención en la redacción de la propia norma. No cabe duda de que la decisión del legislador de utilizar la palabra además en la redacción de la norma es reafirmar el carácter obligatorio de la pena. Ello quiere decir que el juez, al momento de imponer la sanción penal, no solo está obligado a aplicar directamente la pena contenida en el propio tipo penal (en la mayoría de los casos pena privativa de libertad), sino que también está obligado a aplicar de forma directa lo dicho por el artículo 426°. Ello revela la naturaleza principal de la pena de inhabilitación de los delitos de corrupción, ya que una pena accesoria no se aplica de forma directa.

No obstante, según Víctor Prado Saldarriaga, lo que ha sucedido es que el legislador ha confundido el concepto de pena “accesoria” con pena “conjunta”. En esta medida, el artículo 426° contiene a la inhabilitación como una pena de naturaleza doble⁷⁷:

- Principal: por su ubicación sistémica y su aplicación directa. Como consecuencia, no será necesario que el Ministerio Público la solicite, ya que el juez está obligado legamente a aplicarla.

⁷⁶ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 7, segundo párrafo

⁷⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, op. cit., p. 90. En este mismo sentido: Sentencia emitida el 24 de enero de 2005 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. R.N 3374-2003, La Libertad. Fundamento 8.

- Conjunta: porque se acumula con la pena del tipo penal de delito (en su mayoría pena privativa de libertad). El juez no puede elegir, está obligado a aplicar ambas penas.

Pero los errores del legislador no se han limitado al uso de la palabra accesoria. El artículo 426° del Código Penal señala, respecto de la duración de la pena de inhabilitación, “con igual tiempo de duración que la pena principal”. ¿A qué está haciendo referencia con esto? Alguien podría pensar equivocadamente que se está nombrando a la pena principal contenida en el tipo penal. Como consecuencia de esto, las penas de inhabilitación tendrían, en casi todos los casos, una duración igual a la de pena privativa de libertad. A manera de ejemplo, un funcionario que es sancionado a quince años de pena privativa de libertad debiera, equivocadamente, ser sancionado también con una pena de inhabilitación por el mismo número de años.

¿Es esto posible? No, la Corte Suprema ha dejado claro⁷⁸ que no es posible que la pena accesoria sobrepase el límite establecido por el artículo 38° del Código Penal⁷⁹. En esta medida, el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 dispone que, a la luz de una interpretación sistemática, “la inhabilitación accesoria no puede ser superior de cinco años”. Este plazo ha sido reformado por la Ley 30076 y extendido a 10 años.

Más allá de esto, no tiene sentido que la duración máxima de la pena de inhabilitación se configure a partir de la pena privativa de libertad, ya que en el Código Penal vigente existe

⁷⁸ Sentencia emitida el 19 de abril de 2005 por la Corte Suprema de justicia. Recurso de Nulidad 384-2005: La Libertad. Fundamento 4.

⁷⁹ Artículo 38°.- La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años (...).

un delito de corrupción cuyo tipo penal no contiene este tipo de sanción: el delito de nombramiento o aceptación ilegal, sancionado con pena de multa. ¿Cómo se debería entonces delimitar la duración de la inhabilitación en un caso de nombramiento indebido? ¿Acaso con la cantidad de los días-multa? Parece sensato y coherente decir que no⁸⁰, puesto que es imposible determinar la duración de la pena de inhabilitación con una pena de naturaleza tan distinta como la pena de multa.

En este sentido, cuando el legislador utiliza la frase pena principal no se está refiriendo a la pena contenida en el tipo penal concreto, sino que hace mención a la pena de inhabilitación principal.

En síntesis, el artículo 426° nos dirige a lo estipulado en el artículo 38°, y establece como plazo mínimo de duración seis meses y como plazo máximo diez años⁸¹.

El juez deberá imponer la pena de inhabilitación dentro de ese margen, de acuerdo con la gravedad del ilícito y a la culpabilidad del autor.

Finalmente, el artículo 426° hace referencia a dos modalidades de inhabilitación contenidas en el artículo 36° de nuestro Código Penal:

“Artículo 36 del Código Penal – Inhabilitación

⁸⁰ YSHI MEZA, Luis. (2012, 28 de abril). Análisis de las consecuencias jurídicas de los delitos contra la administración pública. Ponencia presentada en el taller de capacitación en Delitos contra la Administración Pública organizado por el Proyecto Anticorrupción del IDEH-PUCP. Lima.

⁸¹ Ibídem.

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (...)"

Dicha norma penal contiene dos formas de inhabilitación:

1. La inhabilitación del inciso 1 tiene como consecuencia la pérdida de la función, cargo o comisión que el sujeto haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuera con posterioridad al delito⁸². Esto se fundamenta en lo ya expuesto sobre el fin de la inhabilitación, pues esta busca evitar la lesión del deber jurídico a través del cargo o función.
2. La inhabilitación del inciso 2, tiene como consecuencia que el sujeto quede interdicto para adquirir cargo, mando, empleo, o comisión pública futura⁸³.

3.2.4.2. EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN

Hemos visto que la pena de inhabilitación en los delitos de corrupción es de naturaleza conjunta. Como consecuencia de esto, el término de la inhabilitación corre paralelamente a las

⁸²ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, op. cit., p. 728. Sobre la pena de inhabilitación del artículo 19° inciso 1° del Código Penal argentino, el cual habla de la privación de empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de cargo público, supuesto homologable al inciso 1 del artículo 36° del Código Penal peruano.

⁸³ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. Ibídem. Sobre la pena de inhabilitación del artículo 19° inciso 3° del Código Penal argentino, el cual habla de la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, supuesto homologable al inciso 2 del artículo 36° del Código Penal peruano.

otras penas principales (privativa de libertad o multa) y se computa a partir de la fecha de la sentencia⁸⁴.

Sin embargo, el Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116, a partir de las normas del Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 2004, ha reconocido que la ejecución de la pena de inhabilitación responde a dos sistemas diferentes:

1. Sistema de Ejecución Provisional: estipulado para el Código de Procedimientos Penales, que en su artículo 330° admite la ejecución inmediata para todas las penas (incluyendo a las de inhabilitación), esto es, desde la sentencia de primera instancia.
2. Sistema de Ejecución Suspensiva: estipulada para el Código Procesal Penal, que en su artículo 402°.1 establece como la regla específica que las penas de multa y limitativas de derecho (dentro de las cuales se encuentra la inhabilitación) se rigen bajo dicho sistema. La pena de inhabilitación se ejecutará solo ante una sentencia firme.

3.2.5. PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD

La pena de prestación de servicios es una “pena, autónoma o de sustitución, consistente en la realización “obligatoria” por parte del condenado de trabajos gratuitos a favor de instituciones estatales o privadas de utilidad pública”⁸⁵. En el caso de los delitos de corrupción, está prevista como medida alternativa de la pena privativa de libertad para el patrocínio ilegal y el peculado culposo.

⁸⁴ Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116. Fundamento 9.

⁸⁵ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. (2011). Manual de derecho penal Parte general. Tomo II. Lima: Grijley, p.. 282

CAPITULO IV
ANÁLISIS DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE
CORRUPCIÓN

El presente capítulo al igual que los capítulos antecesores tendrá un análisis de corte descriptivo-explicativo en base a la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción tomando como puntos estructurales sistemáticos correlacionales la extinción de la acción penal, la extinción de la pena, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción y punto acápite final el análisis de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción vs el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad.

4.1. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Perpetrado el hecho punible se activa el sistema de control penal, persiguiéndose el delito e imponiéndose la pena correspondiente. Ocurre sin embargo, que tanto la acción penal como la pena son extinguidas por distintas situaciones que la ley prevé en atención a causas naturales (muerte del infractor), a criterios de pasificación o solución de conflictos sociales, seguridad jurídica (prescripción) o por causas sociopolíticas o de Estado (amnistía o indulto).

4.1.1. CAUSAS QUE EXTINGUEN LA ACCIÓN PENAL

El art. 78 del Código Penal señala como causas que extinguen la acción penal las siguientes:

1. Muerte del imputado
2. Prescripción
3. Amnistía
4. Cosa juzgada
5. Desistimiento

6. Transacción en acción privada

4.1.1.1. MUERTE DEL IMPUTADO

La acción penal se extingue desde luego con la muerte del imputado, en atención al principio de personalidad de las penas y al principio de responsabilidad penal que es personalísimo *Mors omnia solvit* (la muerte lo deshace todo). Queda incólume la responsabilidad civil que dará pie a la víctima iniciar la acción civil contra los bienes del agente fallecido, aun cuando no haya existido sentencia condenatoria o absolutoria.

4.1.1.2. PRESCRIPCIÓN

Nos dice Maurach que se trata de un instituto de la naturaleza procesal⁸⁶ cuyo núcleo justificador lo da el transcurso del tiempo que convierte la persecución en innecesaria por extemporánea.

Dice a su turno Edelmiro Porto que, "ocurre esta extinción por que el Estado, como titular exclusivo de la potestad punitiva, puede renunciar a ella en forma total o parcial y absoluta o condicionada, y así lo hace, en efecto, en los casos y con las condiciones que el mismo preestablece mediante leyes con las que autolimita el ejercicio de su soberanía"⁸⁷.

La prescripción de la acción penal es regulada por el artículo 78° inciso 1 del Código Penal, por el solo transcurso del tiempo. Se trata de la pérdida de la

⁸⁶MAURACH, Tratado de derecho penal. Parte general, cit., T.II. pag 969.

⁸⁷Porto, Jesús Edelmiro (1956), "Causas de extinción de la acción penal y de la pena" . Edit: Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, pag.10

pretensión punitiva de Estado por haber dejado pasar el tiempo sin ejercer la acción.

Se admite modernamente que el fundamento de la prescripción es político-criminal, pues se hace innecesario el castigo habida cuenta del tiempo transcurrido dado que este dificulta la actividad probatoria. Finalmente, se añade un criterio de seguridad jurídica.

Respecto a su naturaleza jurídica, se sigue la propuesta de Wezel en el sentido que la prescripción “tendría un doble índole: de una parte, es causal jurídico material de la pena y de otra, un obstáculo procesal para su persecución.”⁸⁸

Roy Freyre⁸⁹ sintetiza los fundamentos de la institución que comentamos de la siguiente manera:

- La sociedad olvida paulatinamente el delito hasta el extremo que su recuerdo mismo desaparece.
- La aplicación tardía de la pena carece de eficiencia o ejemplaridad.
- El transcurso del tiempo tiene la virtud de corregir el autor o participe de un delito.
- La legitimidad de la persecución y la conveniencia de ejecutar la pena son canceladas por el simple discurrir del tiempo durante el cual el *ius puniendi* no lagra su objetivo debido a la negligencia de los órganos estatales.
- El tiempo hace que los medios de prueba se debiliten o desaparezcan.

⁸⁸WELZEL, Hans, Derecho Penal Aleman, Cit., pag.359.

⁸⁹ROY FREYRE, Luis Eduardo (1997), Causas de extinción de la acción penal y dela penal. Edit. Grijley lima pag.50

- La transformación del delincuente, operada en el transcurso del tiempo, impide calcular la pena a imponerse, o tener seguridad acerca de la eficacia de su ejecución.

a. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

La ley fija un periodo o plazo después del cual la acción penal no puede incoarse. A este se lo conoce como plazo de prescripción.

El plazo es fijado por el art. 80 del Código Penal:

“Art.80: La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la penal fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica”.

A su vez las faltas prescriben al año en aplicación del artículo 440° del código penal.

Es de advertir que para la determinación de la prescripción la penalidad que se toma en cuenta es la abstracta con la que el tipo conmina, y no con la pena pronóstico para el caso concreto.

- El tratamiento de la prescripción para el concurso real de delitos es separado para cada uno.
- Para el concurso ideal el plazo de prescripción se orienta por la infracción mas grave.
- El plazo de prescripción en ningún caso excederá de veinte años.

En caso de la pena de cadena perpetua es de treinta años⁹⁰.

Finalmente, tratándose de agentes con edad menor de veintiún años o mayor de sesenta y cinco años, el plazo de prescripción de cualquier infracción se reduce a la mitad.

Nos dice Roy Freyre, que el fundamento de esta reducción “es la imputabilidad restringida de la gente en atención expresa a su edad”⁹¹.

b. INICIACIÓN DEL PLAZO

El artículo 82 del Código Penal, muy claramente señala el momento en que comienza a computarse el plazo de prescripción.

⁹⁰Según acuerdo plenario N°9-2007/CJ-116, en el supuesto en que el delito cometido merezca la pena de cadena perpetua el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años, mientras que el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

⁹¹ROY FREYRE, Luis Eduardo (1997), Causas de extinción de la acción penal y dela penal. Edit. Grijley lima pag.63

- Con la tentativa, desde el día siguiente en que cesó la actividad delictuosa.
- En el delito instantáneo, el plazo comienza a computarse a partir del día en que se consumó.
- En el delito continuado, desde el día en que termino la actividad delictuosa.
- En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

c. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

El artículo 83 del Código Penal, que establece en qué circunstancias se interrumpe el plazo de prescripción y comienza a computarse uno nuevo.

La prescripción se interrumpe:

- Por las actuaciones des Ministerio Público.
- Por actuación de las autoridades judiciales.
- Por la comisión de un nuevo delito doloso.

Cuando se manifiesta una demora excesiva derivada de la pasividad de los órganos de control penal pudiera atentar contra el debido proceso o contra la seguridad jurídica, la ley ha previsto que la actuación penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. A esto último, se le conoce como “prescripción larga” o “prescripción extraordinaria”.

d. PRESCRIPCIÓN SUSPENDIDA

Señala el artículo 84 que el plazo de prescripción se suspende “si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento”.

Se trata de un recurso por el que excepcionalmente se suspende el computo del plazo, hasta que se resuelva el asunto no penal que lo motive.

Las cuestiones que suspenden el plazo de prescripción son dos:

- Cuestiones previas
- Cuestiones prejudiciales

Se da la cuestión previa o se la deduce cuando se ha abierto investigación faltando un requisito de procedibilidad. Ejemplo: en el delito de la omisión de asistencia alimentaria (artículo 149 del código Penal), se requiere previamente el correspondiente juicio de alimentos.

La cuestión prejudicial impide la acción penal pues es necesario determinar en la vía extrapenal la existencia de un elemento del tipo. Por ejemplo nulidad de matrimonio en el delito de bigamia (artículo 139 del CP).

Ante la existencia del artículo 84 del código penal de que la cuestión deba ventilarse en “otro procedimiento”, debemos precisar que ese procedimiento extrapenal puede ser civil, administrativo o laboral, etc.

Respecto de los partícipes del artículo 88° del Código Penal dispone que la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible.

La fuente la encuentra Roy Freyre⁹² en el artículo 67°, último párrafo, del Código Penal tipo para Latinoamérica como sostiene Villavicencio Terreros. El fundamento de esta previsión es el carácter personal que tiene la prescripción.

El artículo 91 del Código Penal consagra que el imputado tiene derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal.

La fuente de este artículo está en el artículo 86 del Código Penal colombiano de 1980.

Señala el maestro Roy Freyre con razón, que existiendo la presunción de inocencia conforme el artículo 2, inciso 24, apartado de la Constitución Política del Perú, “ya no tiene razón de ser la renuncia de prescripción”⁹³.

- Plazos de prescripción de la acción penal para delitos con pena privativa de libertad temporal: “Tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29 o en diferentes delitos tipificados en la parte especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar el máximo de 35 de años, el artículo 80° de referido Código incluye en su párrafo cuarto u límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de la libertad es la

⁹²ROY FREYRE, Luis Eduardo (1997), Causas de extinción de la acción penal y de la penal. Edit. Grijley Lima pag.96.

⁹³⁹³ Idem. Pag.96.

cadena perpetua. 9. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años, no obstante es de destacar que tales límites excepcionales solo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal. Y que se precisan en el párrafo final del artículo 83° del Código Penal. 10. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua , el plazo ordinario de la prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años”. (Pleno Jurisdiccional de las salas permanentes de la corte suprema, acuerdo plenario N°9-2007/CJ-16).

e. EFECTOS DE LA FORMALIZACION DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA

La formalización de la investigación preparatoria suspende y no interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal, debiendo computarse el máximo de la pena más la mitad, conforme a los Acuerdos Plenarios N° 1-2010/CJ-116 y N° 03-2012/CJ-116.⁹⁴

⁹⁴ GUTIERREZ IQUISE, Sandra. (2018) Formalización de la investigación preparatoria suspende el plazo de prescripción de la acción penal (doctrina jurisprudencial) [Casación 332-2015, Del Santa]. Disponible en:

- La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal.
- Asimismo, el Fiscal perderá la facultar de archivar la investigación sin intervención judicial.

La suspensión de prescripción de la acción penal esta prevista en el art. 339 inc. 1. Este precepto agrega a la “tradicional” causal de suspensión del prescripción de la acción penal del art. 84 CP un nuevo hecho generador de suspensión: la formalización de la investigación preparatoria. En efecto, el art. 339 inc. 1 CPP prescribe que “la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”.

El debate que ha detonado la redacción de este artículo gira alrededor del límite temporal de dicha suspensión. A diferencia del art. 84 CP, que contiene implícitamente un límite máximo de la suspensión, el citado art. 339 inc. 1 no prevé ningún plazo máximo. Del tenor literal del art. 84 CP se puede deducir sin mayores dificultades que la suspensión de la prescripción de la acción penal se mantendrá hasta que el procedimiento en la vía extrapenal haya llegado a su fin mediante resolución firme. Esta conclusión, que ya era posible apreciar hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, ha sido confirmada por el art. 5 inc. 2 de este texto normativo. En el caso del art. 339 inc. 1 CPP, tal límite ni ha sido previsto expresamente ni puede desprenderse de su redacción de otra manera.

Ante la falta de una regulación en tal sentido, la doctrina intentó una solución. En opinión de algunas voces importantes de nuestra dogmática penal, el término “suspenderá” debe interpretarse como “interrumpirá”. A esta conclusión se llega a través de un razonamiento bastante original pero equivocado a mi entender: a) el art. 83 CP establece que la prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público (o de las autoridades judiciales), b) el art. 339 inc. 1 CPP prevé un supuesto en el que tiene lugar una actuación de Ministerio Público, c) por tanto, el art 339 inc. 1 CPP regula una causal de interrupción. La utilización del término “suspenderá”, a juicio de la doctrina, no sería más que una deficiente técnica en la que habría incurrido el legislador peruano.

El debate acerca de la necesidad de un plazo fijo para esta “nueva” suspensión se dejó sentir y motivó el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, mediante el cual se pretendió zanjar la discusión sobre el alcance del art. 339 inc. 1 CPP. Así, en primer lugar, la Corte Suprema de la República señaló que no había dudas en cuanto a que el citado precepto regulaba un supuesto de suspensión y no de interrupción, pues el texto así lo indicaba (Fundamento N° 27). Por otra parte, en cuanto a los límites temporales de tal suspensión, que es lo que a fin de cuentas importaba a la doctrina y a la judicatura nacionales, el supremo tribunal indicó que “queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto fiscal (formalización) hasta la culminación del proceso con una

sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal” (Fundamento N° 26).

La solución que traía consigo el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 no fue aceptada pacíficamente. Contra ella se decía que dicha propuesta convertiría, en la práctica, en imprescriptibles todos los delitos, pues el cómputo de la prescripción quedaría “congelada” hasta la solución definitiva del conflicto (cosa juzgada), perdiendo toda relevancia el hecho de que dicho cómputo se reinicie una vez la resolución final haya adquirido la calidad de firme. Por esta razón, la tesis de que el art. 339 inc. 1 CPP introduce al ordenamiento jurídico un caso de interrupción –y no de suspensión– de la prescripción de la acción penal se fortaleció y fue acogida la judicatura. La razón de esta recepción se encuentra en el hecho de que, en virtud de la tesis de la interrupción, se excluye la posibilidad de un “congelamiento” indefinido del curso de la prescripción y se cuenta con un límite temporal máximo: el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal. Así, el Auto de Sobreseimiento de 1 de agosto de 2011 emitido por el Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo (Exp. 4430-2008-19), a cargo del Juez Giammpol Taboada Pilco, echó mano de lo sostenido por la doctrina nacional, agregando a dicho argumento la idea de la existencia de una antinomia entre los arts. 84 CP y 339 inc. 1 CPP, la misma que se resolvería aplicando el principio de favorabilidad. Es justo reconocer aquí que esta decisión es anterior a la plasmada en la Sentencia de 21 de marzo

de 2012, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura (Exp. N° 592-2008); decisión que, a diferencia de ésta, no ha sido mencionada en el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116.

Sin embargo, a mi juicio, ni el interesante razonamiento llevado a cabo por parte de la doctrina peruana ni el recurso a la antinomia resulten ser correctos. En contra del argumento de que el art. 339 inc. 1 CPP regula un caso de interrupción, hay que señalar que todo método de interpretación de la ley no puede superar el tenor literal del precepto. Incluso la interpretación teleológica encuentra su límite en la letra de la ley. En ese sentido, le asiste razón a la Corte Suprema cuando sostiene que no es posible interpretar el término “suspenderá” como “interrumpirá”. Si bien es cierto que el art. 339 inc. 1 CPP parece regular un caso de interrupción (por tratarse de una actuación del Ministerio Público), y puede resultar incluso deseable, el texto del citado precepto impide una interpretación en esa dirección.

Por otra parte, el argumento de la existencia de una antinomia tampoco puede mantenerse seriamente. Una antinomia tiene lugar cuando dos dispositivos legales ofrecen soluciones incompatibles a un mismo supuesto de hecho, y respecto a los efectos de la formalización de la investigación preparatoria no existen soluciones legales incompatibles. Muy por el contrario, en nuestro ordenamiento jurídico, contamos con un único precepto al respecto: el art. 339 inc. 1 CPP. Así las cosas, no se

cuenta con el presupuesto para hablar de la existencia de una antinomia legal.

La incorrección de ambos argumentos manejados por la doctrina y la judicatura peruanas parece no haber convencido a la Corte Suprema, la misma que, en el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, ha propuesto una solución al problema que sólo en apariencia diverge de la ofrecida por ambos sectores. Nuestro supremo tribunal se ha inclinado por una interpretación histórica, que la ha llevado a fijar el plazo máximo de suspensión en un período igual al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo (del correspondiente delito). Esto, como puede apreciarse fácilmente, supone arribar a la misma conclusión compartida por nuestras doctrina y jurisprudencia, si bien con diferentes argumentos, pues el “período igual al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo” se corresponde con el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal. Sin embargo, no encuentro razones de peso para apelar a tal interpretación histórica, que, por lo demás, no encuentra sustento en la ley.

A mi parecer, la solución debe buscarse en el fundamento de la figura de la suspensión de la prescripción de la acción penal (art. 83 CP) y no en una interpretación contra legem, en la existencia de un antinomia o en la interpretación histórica. Dicho fundamento se encuentra en la necesidad de determinar la existencia de elementos que fundamenten (posteriormente y de manera definitiva en la sentencia)

el carácter delictuoso (o no delictuoso) de la conducta imputada en una vía extrapenal. Y es, precisamente, esta necesidad la que conlleva a detener el curso de la prescripción de la acción penal, a fin de que el Estado no se vea limitado temporalmente en la persecución penal. El fundamento de la etapa de la investigación preparatoria, por su parte, es también la necesidad de recabar elementos que sustenten (posteriormente y de manera definitiva en la sentencia) el carácter delictuoso (o no delictuoso) de la conducta investigada, que sirvan para fundamentar el requerimiento acusatorio o el requerimiento de sobreseimiento, según corresponda.

Con ello se observa que la figura de la suspensión de la prescripción de la acción penal del art. 83 CP y la investigación preparatoria comparten un fundamento común, que hace posible, a mi entender, hallar un límite temporal a lo dispuesto por el art. 339 inc. 1 CPP sin caer en las contradicciones sistemáticas que la doctrina y jurisprudencia nacionales han creído encontrar. Pues bien, si tenemos en cuenta que la suspensión de la prescripción de la acción penal en general –es decir, no sólo la prevista en el art. 83 CP, sino también la del art. 339 inc. 1 CPP– halla su justificación en la necesidad de determinar la existencia de elementos que fundamenten (posteriormente y de manera definitiva en la sentencia) el carácter delictuoso (o no delictuoso) de la conducta imputada, entonces se hace evidente que la suspensión de art. 339 inc. 1 CPP debe mantenerse en la medida en que se mantenga el fundamento de su existencia, y, por lo tanto, dicha suspensión sólo podrá extenderse hasta

la culminación de la etapa de la investigación preparatoria y no más allá de ella.

Esta solución no sólo fija de manera exacta un plazo máximo de la suspensión de la prescripción de la acción penal del art. 339 inc. 1 CPP , excluyendo, de esa manera, que dicho límite temporal sea establecido arbitrariamente por el juez, sino que también tiene la ventaja de que brinda una explicación coherente de la figura de la suspensión de la prescripción y sus causales, evitando, así, las distorsiones axiológicas que generan las propuestas elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia. Con todo, alguien podría afirmar que la solución aquí ofrecida no puede sostenerse, dado que, en el art. 83 CP, la búsqueda de elementos que fundamenten el provisional carácter delictuoso de la conducta tiene lugar en una vía procesal extrapenal mientras que, en el art. 339 inc. 1 CPP, dicha búsqueda se lleva a cabo en la vía penal. Sin embargo, tal crítica no es contundente, pues de lo realmente relevante no es en qué vía se proceda a recabar dichos elementos, sino la necesidad de determinar la existencia de elementos que fundamenten (posteriormente y de manera definitiva en la sentencia) el carácter delictuoso (o no delictuoso) de la conducta imputada. Que ello se lleve a cabo en distintas vías no deja de ser una diferencia fenotípica y no genotípica que no afecta al núcleo del argumento aquí utilizado.⁹⁵

⁹⁵VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos S. (2012) La suspensión de la prescripción de la acción penal del art. 339.1 CPP: una propuesta personal [1]. Disponible en: http://www.cedpe.com/blogs/Cuestiones_penales/?p=18

4.1.1.3. AMNISTÍA

La amnistía proviene del vocablo latino *amnesis* que significa olvido. Un derecho de gracia, por el cual el Estado decide perdonar y olvidar lo ocurrido en atención a intereses más importantes.

La amnistía extingue la acción penal en procura de la concordancia nacional. Es un acto conciliatorio y propiciador de la paz social⁹⁶.

Lascano la define como “un acto de soberanía interna del Estado por el que, fundado en grandes razones de orden público cuya existencia y oportunidad solo al Poder Legislativo le compete valorar, este, por medio de una Ley con efecto retroactivo, declara el olvido de infracciones de naturaleza penal (delitos comunes o políticos e infracciones contravencionales o disciplinarias), ocurridas con anterioridad, produciendo la extinción de todas sus consecuencias represivas, sin individualizar a los destinatarios del beneficio, quienes no pueden renunciarlo, y una vez reconocido por un resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, e irreversible”⁹⁷.

La Constitución Política de 1993, consagra el derecho de gracia en el que consiste la amnistía, en el inc. 13 de art. 139°, que produce el efecto de cosa juzgada, siendo atribución del congreso (art.102 inc.6) otorgarla. Siguiendo a Roy Freyre, precisamos que la amnistía elimina la adecuación típica. “La amnistía reconoce que

⁹⁶SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, José/COBO DEL ROSAL, Manuel (1980), “Indultos y amnistía”. Edit. Palestra. España. Pag.62-63.

⁹⁷LASCANO, Carlos J.(h)(1989). “La amnistía en el derecho argentino”, Marcos Lernert, Córdoba. P.1 . Citado por SAENZ TORRES, Alexei, “La prescripción extraordinaria de la acción penal en el sistema penal peruano” Tesis.UNMSM. Lima 1996. Pag 25.

na hubo o nada hay que deba subsumirse en la parte preceptiva d la norma penal puesto que nunca existió realmente un acción u omisión capas de lesionar o por en peligro bien jurídico alguno”⁹⁸

4.1.1.4. COSA JUZGADA

Cuando a consecuencia de un procedimiento penal se tiene una resolución firme o ejecutoriada, condenatoria o absolutoria, ella produce el efecto de cosa juzgada, por lo que de dicha sentencia se hace imposible abrir un nuevo proceso por el mismo delito al mismo autor.

Esta garantía la consagra el inc. 13 del art.139 de la constitución, que señala “la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada”. Asimismo, según el inciso 2 del art. 78° de la ley penal “la acción penal se extingue por autoridad de cosa juzgada”.

La institución de la “cosa juzgada” produce y garantiza la seguridad jurídica que asegure que no se puede juzgar dos veces, al mismo agente, por la misma comisión.

4.1.1.5. DESISTIMIENTO

El derecho penal es eminentemente público y es titular de la acción penal el Ministerio Público, por eso es que el desistimiento solo procede en el supuesto de la acción privada o querella de parte para los tipos penales que recogen el delito contra el honor.

El desistimiento lo regula el art. 78 del Código Penal.

4.1.1.6. TRANSACCIÓN EN ACCIÓN PRIVADA

⁹⁸ ROY FREYRE, Luis Eduardo (1997), Causas de extinción de la acción penal y de la penal. Edit. Grijley lima pag.178.

En el derecho penal peruano no existe propiamente “la composición” por la víctima y victimario decidirán resolver entre sí en conflicto nacido entre ellos producto de la infracción de la norma. Sería necesario que se legislara sobre la materia.

La transacción está reservada a la querella de parte, es decir, en la acción privada, por la que las partes, querellante y querellado, pueden poner fin a la misma acordando lo que estimen adecuado y no vulnere el orden público.

El principio de oportunidad contenido en el art.2 del nuevo Código Procesal Penal, es el primer paso para introducir la compasión en delitos mayores.

4.2. EXTINCIÓN DE LA PENA

4.2.1. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA

Nos encontramos aquí en un supuesto diferente al que se destinan las causas a la que extinguen a la acción penal, puesto que estamos frente a un condenado. Por tanto, extinguen la pena: La muerte del condenado, La amnistía, El indulto, La prescripción, La cosa juzgada, La exención de pena, El perdón del ofendido.

4.2.1.1. LA MUERTE DEL CONDENADO

Esta normando en el inc. 1 de art. 85 del Código Penal. La muerte del condenado acarrea la de la pena, se extinguen pues la pena, o penas impuestas (principal y accesoria). Cualquiera sea su índole.

4.2.1.2. LA AMNISTÍA

Como se ha hecho mención anteriormente sobre la acción penal, la amnistía también se puede aplicar a las penas e independientemente de su gravedad.

El art.4 de la Convención Americana y el art.6 del Pacto de San José son instrumentos jurídicos internacionales que reconocen con rango Constitucional el derecho peruano, prevén la concesión de la amnistía incluso a los condenados a muerte⁹⁹.

4.2.1.3. EL INDULTO

El indulto igualmente un derecho de gracia del que puede hacer uso el Jefe de Estado. El art. 118 inc., 21 de la Constitución Política del Estado, faculta al Presidente de la Republica conceder indulto y conmutar penas y ejercer el derecho de gracia en favor de los procesados y condenados.

Aclarar que a diferencia de la amnistía que olvida el delito y la penal retroactivamente el indulta solo extingue la pena y rige para el futuro.

4.2.1.4. LA PRESCRIPCIÓN

Con las precisiones ya mencionadas apropiado de las causas que extinguen la acción, en este caso solo apunta a extinguir la pena ya impuesta y no cumplida. Si son varias penas, se extingue por separado (art.88 del C.P), aclarar que no es la condena la se extingue por prescripción, pues subsistirá.

El plazo de prescripción de la pena lo fija el artículo 86 del código penal y “es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal y se computa desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme”.

⁹⁹O” DONNELL, Daniel (1989). "Protección internacional de los Derechos Humanos". Edit: Comisión Andina de Juristas. Lima. Perú. Pág. 63

4.2.1.5. LA COSA JUZGADA.

Es obvio que el cumplimiento de la pena extingue la responsabilidad penal (art. 85 inc. 2 del C.P).

Por cumplimiento de la pena entendemos su padecimiento real y efectivo, tanto como aquello que se entiende por cumplida fictamente por haber vencido la suspensión condicional en que consistió la pena.

El art. 90 del C.P. recoge la institución de la cosa juzgada al declarar que “nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. Estamos en el *non bis in ídem* (no dos veces sobre lo mismo).

4.2.1.6. LA EXENCIÓN DE PENA

Está regulado por artículo 68 del C.P. por virtud del cual, el juez, atendiendo a la responsabilidad mínima del agente y de la lesión, que facultado a eximir la pena. Lo recoge el art. 85, inc. 3 del Código Penal.

4.2.1.7. EL PERDÓN DEL OFENDIDO.

Se valida esta causal de extinción de la pena, para la que se cumple con ocasión de una querella, es decir en los delitos de acción privada (art.85 inc. 4 del Código Penal).

Landrove Diaz¹⁰⁰, considera el perdón Post sentencia una modalidad de “gracia privada”.

4.3. ANÁLISIS DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN LOS DELITOS DE CORRUPCION

¹⁰⁰LANDROVE DIAZ, Gerardo(1991). “las consecuencias jurídicas del delito”. Edit.: Tecnos Madrid España. Pag. 139

El 20 de agosto de este año 2017, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley 30650 que reforma el artículo 41 de la Constitución, con la finalidad de establecer la imprescriptibilidad de los delitos más graves contra la administración pública o contra el patrimonio del Estado, dicha ley ha sido muy celebrada por la sociedad peruana, porque constituye una supuesta lucha frontal a la corrupción cierto es que al parecer pareciese que tuviese más una inclinación sensacionalista propia de la coyuntura actual. En el presente punto acápite analizaremos doctrinal y jurisprudencialmente dicha imprescriptibilidad del tipo penal antes mencionado, haciendo un análisis descriptivo-explicativo de la prescripción de la acción penal y la imprescriptibilidad en los delitos de corrupción el cual emana la ley en curso antes mencionada.

4.3.1. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El paso del tiempo extingue, en algunos casos, toda posibilidad que el Estado intervenga y sancione a una persona por la supuesta comisión de un hecho penalmente relevante y es que el tiempo es un dato de la realidad que tiene efectos normativos. Al respecto, Silva Sánchez considera que en general el transcurso de largos periodos de tiempo puede hacer “disminuir hasta incluso desaparecer la necesidad preventivo-especial de la pena, dada la ausencia de peligrosidad futura del sujeto. Asimismo, puede verse afectada la necesidad preventivo general (positiva) de la pena”¹⁰¹. Por su parte Juan Sproviero, afirma que el “quebrantamiento de la tranquilidad social causada por la comisión ilícita ha quedado superado por razón del tiempo transcurrido, como asimismo la originaria necesidad de su reparación por medio de la sanción es ya exigencia trascendida; el

¹⁰¹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María(2008), “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal”, en GARCÍA VALDÉS, CUERDA RIEZU, MARTÍNEZ ESCAMILLA, ALCÁCER GUIRAO Y VALLE MARISCAL DE GANTE Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I, Madrid, p. 678.

tiempo (...), ha desdibujado aquella necesidad reparadora, si bien no en esencia, sí por lo menos en su apariencia”¹⁰².

En nuestra legislación podemos encontrar muestras de lo expuesto. Así, por ejemplo, una persona es reincidente sólo cuando, dentro de los cinco años contabilizados desde el cumplimiento de la pena, vuelve a cometer un delito doloso. Al verificarse la situación de reincidencia, el juez puede agravarle la sanción en una mitad por encima de la pena máxima establecida por el legislador para el delito cometido (art. 46-B del CP). Esta sanción más grave se fundamenta en la mayor peligrosidad objetiva mostrada por el delincuente al volver a cometer un delito, dentro de un plazo determinado siendo así que actualmente sigue vigente la comprobación de que es muy poco los que se sabe acerca de los criminales reincidentes, tanto en cuanto a su estructura de personalidad como respecto de su desarrollo cronológico y su influenciabilidad con los instrumentos del Derecho penal. Las dudas, sin embargo, no necesariamente han de traducirse en un rechazo categórico de toda decisión de pronóstico”. ¹⁰³.

De ese modo, el tiempo (cinco años desde que cumplió la pena) es un criterio que permite a la autoridad afirmar y con ello desvalorar la peligrosidad del sujeto y legitima una pena más severa. De otro lado, el tiempo también es un elemento a tener en cuenta al momento de determinar la legitimidad o no de un proceso. Así, un proceso llevado a cabo en un plazo irrazonable resulta ajeno a un Estado social y democrático de Derecho por su parte el TC ha señalado que el **Estado “no tiene derecho a juzgar a una persona de modo indefinido, pues ello supone contrariar la esencia misma del ser humano**

¹⁰²SPROVIERO, Juan H (1998), Prescripción de la acción y de la pena, Buenos Aires, p. 45.

¹⁰³SÁNCHEZ, Jesús María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en AA.VV., El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos (Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6), Bilbao 2009, p. 32. ZIFFER, Patricia, Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en el derecho penal, Buenos Aires p. 188.

representada por su dignidad”. Se afirma que la inexistencia del plazo no puede ser utilizado como un argumento para sostener un juzgamiento sine die, pues “ello supondría aceptar la tesis incivilizada de que el juez puede ser arbitrario, inhumano, en tanto la ley no establece un control temporal para el ejercicio de su fin constitucional”. Resolución aclaratoria en la STC n° 3509-2009-HC/TC.

Según el art. 80 del CP la prescripción ordinaria opera al haberse cumplido tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito denunciado. Acorde a lo establecido por nuestro TC que menciona que “el plazo de la prescripción de la acción depende de la pena conminada para determinado delito” (STC n° 4118-2005-HC/TC). Así las cosas, ¿qué se entiende por pena conminada? Este concepto es también conocido como pena-tipo, es decir, la pena legal o abstracta fijada por el legislador para el delito cometido.

Ahora bien, el paso del tiempo también cumple un papel configurador de la necesidad de intervención del Estado a través de un proceso y de una pena. La acción penal prescribe, de manera ordinaria, cuando se ha superado el plazo máximo de la pena abstracta del delito materia de cuestión (art. 80 del CP). Y se toma en cuenta el plazo máximo de la pena abstracta sumado en una mitad, cuando se incurra en una causal de interrupción, como lo es la actuación del Ministerio Público (art. 83 del CP), por decirlo en términos generales siendo que no toda actuación del Ministerio Público interrumpe el plazo ordinario de prescripción. La Corte Suprema ha establecido que sólo hará surgir dicho efecto la imputación válida presentada por la Fiscalía (Casación n° 347-2011-Lima). . Y es que, en principio, el Estado no tiene de modo permanente la potestad de perseguir y sancionar a una persona por un supuesto delito cometido. Existe un plazo que se presenta como una barrera para el ius puniendi.

4.3.2. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN LOS DELITOS DE CORRUPCION

Como antecedente dogmático, se menciona que cuando se trate de sujetos cuya recuperación social parece imposible, no cabe aplicar la prescripción de la acción penal¹⁰⁴, de esta forma, se excluye la aplicación de esta causa de extinción de la acción penal a sujetos considerados peligrosos.

En el Perú se regula la imprescriptibilidad para injustos considerados de una especial gravedad. Así, mediante el D.S. n° 079-2001-RE se ratificó el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (texto vigente desde el 1 de julio de 2002, según el Of. n° 0-3-A/199-2002-RE (GAB), publicado el 10 de septiembre de 2002). En dicho Estatuto se indicó que los crímenes de competencia de la Corte (por ejemplo, los delitos de genocidio y de lesa humanidad) no prescribirán. Asimismo, se tiene la Res. Leg. n° 27998 (publicada el 12 de junio de 2003), en la que se aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal. De esta forma, en nuestro sistema jurídico en determinados casos se amplía temporalmente la posibilidad de que el Estado pueda indefinidamente perseguir a una persona¹⁰⁵. Para algunos, se trata de una medida inocuizadora¹⁰⁶. Desde mi punto de vista, para determinar la legitimidad de la medida se requerirá

¹⁰⁴BENTHAM, Jeremías (1823), Tratados de legislación civil y penal, París, tomo II, p. 162

¹⁰⁵La imprescriptibilidad en delitos que conllevan la violación de Derechos Humanos conforme al Derecho penal internacional, ha ido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes resoluciones: sentencia sobre el fondo del caso Barrios Altos v. Perú, del 14 de marzo del 2001; sentencia sobre el fondo del caso Bulacio v. Argentina, del 18 de setiembre del 2003 y la sentencia emitida en el caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador, del 22 de noviembre de 2007.

¹⁰⁶PASTOR, Daniel R. (1993), Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal, Buenos Aires, p. 28.

establecer el fundamento de la prescripción. De forma se evitará que a través de esta figura se pretenda encubrir o racionalizar los instintos humanos de venganza.

En cuanto a los fundamentos de esta institución, tradicionalmente las posturas se han debatido entre las teorías procesales¹⁰⁷ y las teorías materiales.

Se dice que la teoría de la prueba es una justificación “clásica” de la prescripción del delito. Y es que, como señala GONZÁLEZ TAPIA, “el argumento central de la misma es que con el paso del tiempo las pruebas del hecho, de la culpabilidad y de la inocencia del sujeto, desaparecen o se dificulta extraordinariamente. Ello incrementa las posibilidades de un error judicial y, en consecuencia, de castigar a un inocente”. De esta manera, el fundamento de la prescripción está también vinculado con el derecho a la presunción de inocencia y el de defensa. También se la ha relacionado con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (el proceso no se puede extender temporalmente más allá de todo plazo razonable). Se cuestiona esta posición, pues en ella lo relevante sería el incorrecto funcionamiento de la administración de justicia y no el tiempo transcurrido.

Para MEDINA, “los hechos acaecidos, por definición, no desaparecen de la realidad por el paso del tiempo; permanecen en el pasado y, obviamente, no son susceptibles de transformación ni exclusión alguna. Además, tampoco, se extingue la punibilidad del hecho realizado porque para saber si un hecho es o no susceptible de ser penado, hay que enjuiciarlo, y la prescripción pretende evitar precisamente que se proceda a emitir tal juicio”. Según dicho autor, la naturaleza de la prescripción es procesal, pues “impide el desarrollo pleno y natural del proceso”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel (2003), La prescripción en el Derecho penal, Madrid, pp. 47 y 55.

¹⁰⁸ MEDINA CEPERO, Juan Ramón (2001), El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito, Madrid, p. 7.

Para la Corte Suprema de Justicia del Perú la prescripción es una institución propia del Derecho Penal sustantivo. Así, en el Acuerdo Plenario n° 8-2008/CJ-116, F.j.10 se menciona que: “La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal”. Además, en cuanto al fundamento de la prescripción de la acción penal se afirma que este radica en “la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción”¹⁰⁹. Asimismo, en el Acuerdo Plenario n° 1-2010/CJ-116, se indica lo siguiente: “Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal”. Dicha posición también la tiene el TC. En efecto, el Tribunal ha indicado que la prescripción, “desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma” (STC n° 1805-2005-HC/TC). Es decir, mediante la prescripción “se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo” (STC n° 2522-2005-HC/TC).

¿Se trata de un instituto procesal o un instituto material? o, como algunos mencionan, ¿estamos ante una causa de extinción de la “acción penal” o de la responsabilidad penal (“del delito”)?

Si consideramos que se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal, el efecto práctico inmediato sería el siguiente:

¹⁰⁹RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón (2004), La prescripción penal. Fundamento y aplicación. Barcelona, , p. 45

a. Respecto a la teoría de la accesoriedad de la participación delictiva, a pesar que según el estado del proceso o de la evidencia del caso fue posible demostrar el injusto del autor (cuya acción penal, por alguna razón, prescribió), de ninguna manera podrá sancionarse al partícipe (cuya acción penal no prescribió), ya que el hecho del autor “nunca existió” o “dejó de tener relevancia penal”, por el paso del tiempo. B. Con relación al deber de motivación de las decisiones estaduales (fiscal o juez), la autoridad no deberá pronunciarse respecto la supuesta existencia de un comportamiento penalmente antijurídico, pues éste se “extinguió” al transcurrir el plazo prescriptorio.

En la actualidad esta discusión es abordada desde una perspectiva funcionalista, la misma que lleva a decir que las diversas instituciones que fundamentan la imposición de la pena comparten fines comunes, en especial, el de la necesidad de pena¹¹⁰. La necesidad de pena dota de unidad a los presupuestos de la pena (“artificialmente” diferenciados en materiales y procesales). En esa línea, considero que la prescripción se fundamenta en el decaimiento de la necesidad de pena por el paso del tiempo.

Anota Robles Planas que “..de ahí dedujo BINDING que el Estado sólo puede reclamar la pena cuando realmente sea necesaria: cuando el Derecho a castigar (‘Strafrecht’) se traduce en un deber (‘Strafpflicht’) para el Estado. ¿Pero cuándo sucede ello? Ni más ni menos señaló que del BINDING que cuando el mal de no castigar sea superior para el propio Estado que el mal de castigar”¹¹¹.

¹¹⁰GILI PASCUAL, Antoni (2003), La prescripción en Derecho Penal, Pamplona 2001, p. 63. En sentido similar, GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, La prescripción en el Derecho Penal, Madrid, p. 112.

¹¹¹ROBLES PLANAS, Ricardo (2012), “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, Barcelona, p. 36.

La prevención general y la prevención especial se ven mermadas hasta extinguirse por motivos temporales¹¹². El “llamado de la norma” tiene una actualidad determinada a los efectos intimidatorios. Desde posturas que asumen la prevención general positiva, que no se comparten, también se considera como el fundamento de la prescripción a la necesidad de pena: para que la pena pueda cumplir la función de asegurar la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma infringida, es preciso que la pena esté conectada a la infracción de la norma, conexión que queda debilitada con el paso del tiempo.¹¹³

Según Luzón Peña¹¹⁴ “el castigo no merecido es injusto en términos individuales, por muy necesario que fuera en la perspectiva social. Lo que no excluye que esa necesidad permita la adopción de medidas no punitivas. Por su parte, el castigo innecesario, por individualmente merecido que fuera, es injusto en términos sociales. Por eso, ante el hecho mismo del castigo, y ante cualquiera de sus modalidades, es necesario valorar las dos circunstancias referidas”.

Se afirma que existe un importante sector de la doctrina que tiende a reconocer a la prescripción un carácter material, “ya que ésta afecta a los propios derechos fundamentales constitucionalmente protegidos: derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y al cumplimiento de la función de garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) del justiciable a no ser sometido a un proceso penal más allá del tiempo. Ello obedece a la propia esencia de la amenaza penal que requiere ser actuada de forma rápida y eficaz a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de

¹¹²BARREIRO, Agustín Jorge; RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina (2015), “Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (coord.), Introducción al Derecho penal, 2ª edición, Navarra p. 421.

¹¹³GARCÍA PÉREZ, Octavio (1997), La punibilidad en el Derecho penal, Pamplona, p. 80

¹¹⁴LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2010), Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig, Madrid, p. 72

prevención especial que se le atribuyen. La distinción tiene, por otro lado, fundamentalmente incidencia en relación a la retroactividad de los plazos de prescripción determinados por una nueva ley”.

La resocialización del individuo sólo puede operar en un tiempo circunscrito. En resumen, la posibilidad que tiene el Estado de ejercer la acción penal en contra de una persona importa para él o ella un permanente riesgo de castigo. La prescripción anula dicha posibilidad de persecución por el mero transcurso de tiempo. La prescripción se funda en la función que cumple el Derecho penal: de ejercer o no el ius puniendi por razones de necesidad.

¿Cómo determinar la necesidad de pena? Esta se puede fijar teniendo en cuenta la gravedad del hecho (el objeto de referencia de la prescripción no es el responsable del hecho, sino el hecho en sí). La necesidad de pena no es un pensamiento en abstracto, sino concreto, no se puede generalizar respecto de todo comportamiento delictivo; es necesario considerar la naturaleza y las circunstancias de cada tipo de delito. Por ello, hay delitos que por su propia naturaleza mantienen en el tiempo el interés razonable de la colectividad y del Estado para su persecución. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos de genocidio, tortura o de desaparición forzada. Aprecio que en estos casos la pena aparece siempre como necesaria (valoración fundada en el objeto jurídico de protección: la humanidad). La gravedad de estas conductas confirma la intervención del Estado y, por ende, la imprescriptibilidad en su persecución penal.

Ahora bien, ¿resulta justificado en la actualidad ampliar los supuestos de imprescriptibilidad?, por ejemplo, ¿deben considerarse imprescriptibles los delitos contra la administración pública? Consideramos que no, quienes exponen este tipo de medidas

flexibilizadoras (mejor dicho, anulatorias de la garantía) buscan legitimar la demora e ineficacia del aparato estatal de justicia incluso cuando se afecten los derechos y garantías del justiciable marcado por claros y únicos criterios efectistas abandonados (o que debieran abandonarse) en la dogmática penal actual. A mi juicio, las penas existentes (en gran parte, elevadas¹¹⁵) de por sí justifican y expresan el mayor reproche y con ello se amplía el plazo para la persecución penal (el cálculo del plazo de prescripción se determina, como se anotó, en virtud del máximo de la pena abstracta). Por lo tanto, no habría necesidad de hacer indefinida la posibilidad de procesar y sancionar a una persona en estos casos.

Al respecto, el principio de proporcionalidad es un límite al poder coercitivo del Estado. Un sector de la doctrina ha planteado que el principio de proporcionalidad no debe entenderse de modo tradicional como la equiparación entre pena y gravedad total del hecho, sino de modo “amplio” a partir de un balance entre los costes y los beneficios de una norma penal o de una decisión judicial. De esta forma, la determinación del plazo de prescripción, orientada a su proporcionalidad, requerirá de un específico proceso de ponderación¹¹⁶. Se trata de una visión económica del mencionado principio, en el que se refleja finalmente la “clásica” lucha entre los postulados utilitaristas y los argumentos garantistas. Con todo, a partir del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, el criterio costo-beneficio utilizado para el cálculo de la proporcionalidad de la medida estatal ha sido tomado en cuenta en el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

¹¹⁵En la actualidad en el Perú, una persona que provoca dolosamente la amputación de un brazo a la víctima tiene una pena máxima de ocho años (art. 121 del CP). Igual pena máxima se impone al funcionario público que se apropie de una cierta cantidad de dinero del Estado (por ejemplo, mil soles), conforme al art. 387 del CP. Asimismo, quien provoca un perjuicio económico al Estado producto de una colusión desleal tiene una pena máxima de quince años (art. 384 del CP).

¹¹⁶HÖRNLE, Tatjana (2003), Determinación de la pena y culpabilidad, Buenos Aires, p. 47.

estricto, considerados sub-principios que ayudan a determinar la legítima proporción de una medida estatal¹¹⁷.

Por su parte Mir Puig¹¹⁸ dice sobre el principio de proporcionalidad “Se trata de una exigencia que no nació, sin embargo, para las penas, sino para las medidas de seguridad.

Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionalmente grave, en comparación con su utilidad preventiva así, cuando para evitar que el pequeño ratero siguiera delinquiendo fuese necesario encerrarle durante toda su vida.

La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal”.

Por su parte en el plano constitucional, el principio de proporcionalidad no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución Política peruana, siendo deducido, en un primer momento, de la idea del debido proceso material establecido en el art. 139 de la Constitución (STC n° 061-2002-AA/TC). Posteriormente, el TC señaló que: “El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en

¹¹⁷ La necesidad de que en el ejercicio del poder penal se realice una adecuada ponderación, ha sido reconocida por el TC peruano en diversas resoluciones (SSTC n° 2192-2004-AA/TC, 2235-2004-AA/TC, 0045-2004-PI/TC, entre otras sentencias).

¹¹⁸ MIR PUIG, Santiago (2016), Derecho penal. Parte General, 10° edición, Barcelona, p. 138

cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un Estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no” (STC n° 0010-2002-AI/TC).

CONCLUSIONES

1. Dentro de la administración pública los funcionarios públicos son aquellos que desempeñan cargos políticos o de confianza, trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, estos dentro de la administración pública desempeñan un rol dentro del Estado Constitucional de derecho, para que éste cumpla una idónea función prestacional; sin embargo existen funcionarios públicos que van contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo. Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales.
2. Entendemos por administración pública a aquella actividad en que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado Constitucional pueda cumplir con su rol prestacional siendo así que al hablar del bien jurídico protegido de los delitos de corrupción nos encontramos ante el análisis previo de los tipos penales y la afectación funcional como también patrimonial de la administración pública logrando así dilucidar el bien jurídico patrimonial y la aplicación correlacional de la gestión eficaz dentro de la administración pública
3. Dentro de las consecuencias de los delitos de corrupción de funcionarios las penas son de aplicación variantes a igual que los distintos casos penales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo por concepción que las penas pueden variar a la condena, la sanción o la punición que un juez o un tribunal impone, por otro lado según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito o una infracción, la pena se puede

clasificar por su naturaleza tanto como privativa de libertad que puede temporal y permanente, restrictiva de libertad que es la expatriación, limitativa de derecho que hace referencia a la inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, y por ultimo Multa, teniendo en consideración la gravedad del delito.

4. Se promulgo la Ley N° 30650 con la finalidad de establecer la imprescriptibilidad de los delitos más graves contra la administración pública o contra el patrimonio del Estado, por según Ramón Ragues manifiesta que la imprescriptibilidad es una excepción de la prescripción, la cual puede explicarse perfectamente desde la extrema gravedad de ciertos delitos, que cuestionan las bases más esenciales de determinados modelos de sociedad¹¹⁹, es decir los delitos de lesa humanidad. En ese sentido, postular la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, supone equiparlos en igual grado de gravedad con los delitos de lesa humanidad. Lo cual no es posible. A diferencia de los delitos contra la administración pública, los delitos de lesa humanidad atentan contra los valores más importantes que “directamente” tiene el hombre. Aprobar esta medida, supone una afectación al principio de igualdad y proporcionalidad: a) Igualdad: Se pretende declarar imprescriptibles los actos de corrupción y no se hace lo propio con delitos mucho más graves como el asesinato, la violación sexual de menores. Lo cual deja ver un enfoque sesgado de los valores que protege el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho. b) Proporcionalidad: Con medidas como esta, se vería distorsionada la pirámide de valores del programa político criminal de nuestro ordenamiento jurídico penal, se atentaría contra la proporcionalidad, nuestro ordenamiento penal se convertiría en un cúmulo de normas penales que responde más bien a exigencias o presiones de grupos¹²⁰.

¹¹⁹RAGUÉS VALLÉS, Ramón (2004). La prescripción penal; Fundamento y aplicación. Barcelona, Atelier, p. 92.

¹²⁰PARIONA ARANA, Raúl (2012). “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?”. p. 25. En MONTROYA VIVANCO, Yván (editor). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. IDEHPUCP, Lima.

SUGERENCIAS

1. A la luz de todo lo expuesto en la presente Tesis no resulta necesario establecer la imprescriptibilidad de acción penal en los delitos de corrupción, puesto que como se mencionó en el desarrollo de este trabajo de investigación, existen otras vías idóneas a la conducta del sujeto transgresor ya que la ley N° 30650 lo que busca es satisfacer a los seudos sentimientos de justicia por parte de la población transgrediendo todo principio normativo dentro de un Estado Constitucional de derecho.
2. En nuestra legislación contemporánea penal existen penas elevadas para esta clase de delitos de corrupción de funcionarios, los cuales suplen aquella función expresiva que se pretende alcanzar con la con la ley antes mencionada omitiendo así el accionar penal persecutora, trasgresora y perpetua.

BIBLIOGRAFIA

Abanto Vasquez, M. (2003). Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano. (1ª ed, 2ª ed.). Lima, Perú. Palestra.

García Caveró, Percy (2012): Derecho Penal –Parte General. 2da Edición. Lima. Ed. Jurista Editores.

Guzmán Napurí, Christian (2015). La constitución Política: un análisis funcional. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.

Northcote Sandoval, Cristian. (2010) Los delitos contra la Administración Pública. En: Revista de Actualidad Empresarial, N° 205 – Segunda Quincena de Abril.

Pariona Arana, Raúl (2012). “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?”. p. 25. En Montoya Vivanco, Iván (editor). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. IDEHPUCP, Lima.

Pérez Francisco, A. (2000). Delitos Cometidos Por Los Funcionarios Públicos En El Nuevo Código Penal. (1ª ed.). Madrid, España. Dykinson.

Rojas Vargas, F. (2007). Delitos Contra La Administración Pública. (4ª ed.). Lima, Perú. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Rojas Vargas, Fidel (2009): El Delito – Preparación, tentativa y consumación, Idemsa, Lima - Perú.

Rosas, J. (2009). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, Perú: Jurista Editores.

Salinas Siccha, Ramiro (2014). Violencia y resistencia a la autoridad. En: Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley.

Sánchez Velarde, Pablo. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, Perú: Idemsa.

San Martín Castro, César. (2003). Derecho Procesal penal. 2 volúmenes. Lima, Perú: Grijley.

Villegas Paiva, Elky Alexander (2015). “El antejuicio político como causal de suspensión de origen de la prescripción de la acción penal”, Actualidad Penal de Instituto Pacífico S.A.C., Lima, Perú, p. 209.

LINKOGRAFÍA

<http://iop.pucp.edu.pe/columna-opinion/la-inseguridad-ciudadana-principal-problema-del-pais/>

<https://www.inei.gob.pe/biblioteca-virtual/boletines/estadisticas-de-seguridad-ciudadana/1/>

<http://www.inforegion.pe/215044/10-medidas-urgentes-para-reformarrefundar-la-policia/>

ANEXOS

ANEXO 1

LEY N° 30650

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
POR CUANTO:
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la siguiente Ley de Reforma Constitucional:

LEY DE REFORMA DEL ARTÍCULO 41° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo único. Modificación del artículo 41° de la Constitución Política del Perú

Modifícase el cuarto párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú, conforme al texto siguiente:

“Artículo 41°.- Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los diecisiete días del mes de agosto de dos mil diecisiete.

LUIS GALARRETA VELARDE

Presidente del Congreso de la República

MARIO MANTILLA MEDINA

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecinueve días del mes de agosto del año dos mil diecisiete.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI

Presidente del Consejo de Ministros

ANEXO 2



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO PENAL

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2012/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: SOBRE LA NECESIDAD DE REEVALUAR LA
SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISPUESTA EN EL
ARTÍCULO 339º.1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa Nº 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas permenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Alcides Chinchay Castillo (Fiscal Adjunto Supremo de lo Penal); Gino Valdivia Guerola (Fiscal Adjunto Provincial de Arequipa), y Eduardo Alcócer Povis del Instituto de Ciencia Procesal Penal.



4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria.

6°. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339° inciso 1 "La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal" declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: "La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la 'suspensión' con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de 'interrupción' de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal formalizando la investigación, el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara".

7°. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto Singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado: La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011, p. 261 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83° y 84° del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas



Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Raúl Pariona Arana. La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011, p. 221 y ss.). Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la *ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339°* y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

§ 2. La fuente legal extranjera del artículo 339° inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010.

8°. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339° inciso 1 es plena y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233° del Código Procesal Penal de Chile también establece que *"La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96° del Código Penal"*. Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: *"Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él"*. Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica.

§ 3. La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos.

9°. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121° sobre interrupción y el 122° sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el segundo de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine* la primera de dichas normas: *"Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior"*. Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84° del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción



penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§ 4. Las relaciones intrasistemáticas entre los artículos 83° y 84° del Código Penal de 1991, con el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional

10°. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. *Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.* Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

"1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho imputado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido".

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§ 5. Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004.

11°. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra



legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art. 96°), de octubre de 1984 (Art. 83°), de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible.

III. DECISIÓN

12°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 11°.

14°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

15°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO PENAL

NEYRA FLORES

VILLA BONILLA

MORALES PARRAGUÉZ

Anexo 3



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 6-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO
LOPJ

ASUNTO: ACUSACIÓN DIRECTA Y PROCESO INMEDIATO

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.—

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia, con relación al tema que aborda el presente Acuerdo, sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—; Ana Cecilia Hurtado Huaila —en representación del



Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa—; y Miguel Falla Rosado —en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia – Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo—, las mismas que se han tenido en cuenta para en la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3° La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116° LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia lo debatido en audiencia pública sobre diversos aspectos de la acusación directa y el proceso inmediato. En concreto, sobre los alcances y diferencias de ambas instituciones según lo regulado por el Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—. Respecto a la acusación directa, la viabilidad de la formalización de la investigación preparatoria, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales y la oportunidad de la constitución de las partes procesales. En cuanto al proceso inmediato, si siempre se requiere previamente formalización de la Investigación Preparatoria, audiencia para resolver tal proceso especial, con quiénes, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales, la oportunidad para la constitución de las partes procesales y el momento de aportar los medios probatorios y controlar los ofrecidos en dicho proceso.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente señor Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

6°. La acusación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336°.4 NCPP y faculta al Fiscal formular directamente acusación, si concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad



del delito y la intervención del imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal.

7°. El proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. Su regulación, en sus aspectos esenciales, se encuentra desarrollada en el Libro V, Sección I, artículos 446°/448° NCPP correspondiente a los procesos especiales. Por tanto, siguiendo la línea fijada en el Acuerdo Plenario N° 05-2009/CJ-116, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso inmediato o las disposiciones y su estructura procesal [Acuerdo Plenario 05-2009 CJ-116 de la Corte Suprema de la República, del 13 de noviembre de 2009, Fundamento Jurídico 6].

§ 2. Alcances de la acusación directa conforme al artículo 336°.4 NCPP y diferencias con el proceso inmediato regulado en el artículo 446° y ss NCPP.

8°. La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336°.4 NCPP. En el presente caso, el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349° NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal cuando concorra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348° NCPP.

9°. El proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446° NCPP. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446°.1 NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia. En el caso que el Juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso



común y no haber etapa intermedia, será el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.

En el caso que no concurren los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del Fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada.

§ 3. La acusación directa y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

10°. La Disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el Fiscal dirige al imputado para efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.

Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse.

11°. En el caso de que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente —como una de sus facultades como director de la investigación— el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de Investigación Preparatoria por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la Investigación Preparatoria en este sentido.

Además, el artículo 336°.4 NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el Fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349° NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria prevista en el artículo 336°.1 NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.

§ 4. Funciones del requerimiento acusatorio en la acusación directa.

12°. Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: (i) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; (ii) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y



posteriores, y la correspondiente tipificación; (iii) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; (iv) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y (v) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

13°. El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350° NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100° NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350° NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

14°. El Fiscal en el requerimiento de acusación, de conformidad con el artículo 349° NCPP, indicará entre otros aspectos las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

En caso que el Fiscal no solicite una medida coercitiva, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 286° NCPP, la medida que prevé de comparecencia simple.

Excepcionalmente, y solo por razones de urgencia y necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, el Fiscal podrá requerir medida de coerción personal proporcional al peligro procesal en una audiencia autónoma a la de la etapa intermedia de control de la acusación directa, según las reglas correspondientes a tal requerimiento.

§ 5. El proceso inmediato y la formalización de la investigación preparatoria.

15°. Estando a lo dispuesto por el artículo 447° NCPP, el Fiscal tiene la posibilidad de requerir la incoación del proceso inmediato en dos momentos: (i) luego de culminar las diligencias preliminares y (ii) antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria. En base al primer supuesto, se estará ante un Proceso Inmediato incoado sin formalización de la Investigación Preparatoria; de ahí que resulta necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización de Investigación Preparatoria y supuestos de aplicación que se producen.

En cambio, en virtud del último supuesto, se tiene que en el Proceso Inmediato, si existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las implicancias que ello tiene, es decir, que se notifique de esta disposición al imputado a fin que conozca la imputación hecha en su contra y pueda preparar su estrategia de defensa, o de ser el caso interponer los medios de defensa técnicos que considere pertinentes.



§ 6. El proceso inmediato y la etapa intermedia.

16°. Dentro de la estructura del proceso común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no iniciar el juicio oral. Es decir, el Juez de la investigación preparatoria como director de la etapa intermedia realiza un control tanto formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación.

17°. En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado; y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia.

18°. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles. Son los siguientes:

A. De acuerdo con el artículo 448°.1 NCPP el Juez de Investigación Preparatoria, realiza un primer control antes de dar inicio al proceso inmediato. Es el control al requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato. Este primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso.

Asimismo, en armonía con el artículo 448°.1 NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria corre traslado a las partes de dicho requerimiento por un plazo de tres días y debe decidir, en un plazo igual, si acepta o rechaza el requerimiento fiscal.

Sobre este punto cabe destacar que, en el marco de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así como para evitar la indefensión, que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, puede ser factible, atento a las circunstancias de la causa, establecer una audiencia para el Proceso Inmediato, que se seguirá conforme a las pautas establecidas de manera genérica por el artículo 8° NCPP. Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso —aunque no obligatoriamente—, podrá producirse un debate con la concurrencia del Fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, los cuales podrán contradecir este requerimiento Fiscal y el Juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda.

Asimismo el Fiscal, de ser el caso, solicitará la aplicación de las medidas de coerción que considere pertinentes, de manera simultánea y separada del requerimiento de incoación del proceso inmediato, requerimiento que será discutido en audiencia, siguiendo las consideraciones del Título I, Sección Tres, del citado Código, según corresponda.

B. El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349° NCPP tal



requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448°.2 NCPP.

§ 7. Momento de aportación de medios probatorios en el Proceso Inmediato.

19°. Uno de los problemas que se suscitan en torno al proceso inmediato es que al no contar con fase intermedia, no se tiene un momento específico en el que el imputado y las demás partes realicen la aportación de medios probatorios, por lo que el acusado ingresaría en desventaja al juicio. Asimismo, que no hay oportunidad para que las partes procesales puedan constituirse como tales.

20°. En un proceso común, en el que sí se lleva a cabo la etapa intermedia —donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren— cabe la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de pruebas al inicio del juicio oral, en virtud del artículo 373° NCPP, lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como: *I.* Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control. *II.* Que la prueba no haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia.

21°. De ello se tiene que en el proceso inmediato resulta válida la realización de este acto al inicio del juicio oral bajo la conducción del mismo juez de juzgamiento, quien ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral como por las demás partes que debe cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia. Así, la actuación probatoria, eje central del juicio oral, será desarrollada respetando los principios de igualdad, legalidad y contradicción, que integran las garantías del debido proceso y defensa procesal.

22°. Estas consideraciones no afectan el principio de imparcialidad, que garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que la regla en base a la cual el ofrecimiento y admisión probatoria debe realizarse en la etapa intermedia no puede ser entendida como absoluta y menos aún en el contexto de un proceso especial que, como se tiene expuesto, se rige por pautas propias. Por lo demás, queda garantizado el respectivo contradictorio a que se someterán las pruebas ofrecidas al poder ser actuadas en el juicio oral.

23°. Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.



III. DECISIÓN

24°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

25°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 8° al 23°.

26°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

27°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano".
Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA