

EL MARCO NORMATIVO NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

-Estado actual y propuestas para su consolidación-

*Dr. jur. Raúl Pariona Arana **

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

Miembro del Comité Directivo de la Revista de Derecho y Ciencia Política

SUMARIO: *I.- Consideraciones previas. II.- Marco normativo que regula la respuesta penal a la corrupción. III.- Medidas legislativas pendientes para consolidar el marco normativo anticorrupción - Propuestas.*

^(*) Profesor en la Universidad de San Martín de Porres, y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Asociado del Estudio Benites, Forno & Ugaz. Doctor y Magister en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania).

I.- Consideraciones previas

- 1.- La corrupción es uno de los problemas fundamentales que afecta no solo a los regímenes de facto, sino también a las democracias constitucionales. El daño que causa al Estado y a la sociedad es de sumo grave: afectación al correcto funcionamiento de la administración pública, al patrimonio del Estado, al carácter público de la función, la moral en el ejercicio de funciones públicas. La corrupción supone un peligro «para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley»¹. La corrupción genera en la sociedad el descrédito del Estado y la democracia. Producto de la corrupción se inserta en el colectivo social la idea de que la función pública se vende al mejor postor. La corrupción socava la legitimidad del Estado y con ella el fundamento del Estado democrático de Derecho.*

- 2.- Es por ello que los Estados han emprendido una lucha contra la corrupción al interior de sus fronteras y con acciones concertadas internacionalmente. Las Naciones Unidas en su Convención contra la Corrupción han señalado claramente en este sentido, que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces. Existe pues, consenso generalizado sobre la nocividad del fenómeno de la corrupción y la necesidad de enfrentarla decididamente².*

- 3.- Para enfrentar a la corrupción se requiere de la voluntad política de los gobiernos. Luego, se necesita que esta voluntad política se traduzca en medidas concretas para implementar un sistema de lucha contra la corrupción y para ello se requiere establecer un marco normativo adecuado que posibilite la prevención, el control y la represión de los actos de corrupción.*

¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Preámbulo.

² Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra la administración pública, Lima 2007, p. 620 y s.

- 4.- *El marco normativo más eficaz en la lucha contra la corrupción es aquel que está orientado a la prevención y control de la corrupción en la administración pública*³. El Estado debe incidir en medidas preventivas orientadas a la transparencia en el ejercicio de la función pública y en el gasto del tesoro público; y, además, debe dar énfasis a los controles formales de la actividad del funcionario público. En este contexto, al sistema penal le correspondería una tarea menos ambiciosa: reprimir los actos de corrupción que ya se han producido. En cierta medida, como han señalado algunos estudios, la actuación del Derecho Penal es una constatación del fracaso del Estado en la prevención y control de la corrupción.

Sin embargo, pese a la modesta labor del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción, su importancia es fundamental, pues el sistema penal será el encargado, como el último bastión, de salvaguardar el mensaje ético social que señala que el Estado no tolera los actos de corrupción; y, con ello, el Derecho penal permitirá resguardar en la conciencia de los ciudadanos la idea de que el Estado sanciona los actos de corrupción. Con la actuación del Derecho Penal se salvaguarda la legitimidad del Estado. Por ello, es importante para las democracias constitucionales contar con un sistema penal que garantice efectivamente la sanción de aquellos funcionarios que han incurrido en delitos de corrupción; y, para ello es importante contar con un marco normativo que posibilite y facilite esta tarea.

II.- Marco normativo que regula la respuesta penal a la corrupción

- 5.- *Con la caída del régimen de facto del presidente Fujimori en el año 2000 y el inicio de la lucha contra la corrupción en el Perú, se evidenció por vez primera, de manera dramática, la deficiencia del marco normativo anticorrupción vigente en aquel entonces. Por eso, si hay*

³ Este principio tiene su sustento en el principio de subsidiariedad y de *ultima ratio* del control penal. Cfr. *García Caveró, Percy*: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Lima 2008, p. 92 y ss.

algún aspecto en el que existe plena coincidencia entre los investigadores, es que al momento de iniciarse el proceso anticorrupción, nuestro sistema de justicia penal no estaba preparado ni era el adecuado para enfrentar el fenómeno de la corrupción en grandes dimensiones.

- 6.- *Al poco tiempo de iniciarse los procesos anticorrupción, se empezaron a manifestar las limitaciones y obstáculos que ponían en riesgo el éxito del proceso de lucha contra la corrupción. El modelo de proceso penal diseñado en el antiquísimo Código de Procedimientos Penales de 1940, tenía una serie de falencias que obstaculizaban la investigación y juzgamiento de los actos de corrupción por la preponderancia de las actuaciones escritas, la duplicidad de las diligencias en las fases del proceso, el rol casi marginal del Ministerio Público, entre otros problemas ⁴. Las deficiencias del proceso penal, lento y engorroso, ya se habían puesto de manifiesto en la tramitación de los innumerables procesos comunes, por lo que ya hacía tiempo se venía debatiendo en el país sobre la necesidad de contar con un nuevo código procesal con el que se instaure un nuevo modelo de proceso. Sin embargo, el viejo modelo procesal, literalmente tocó fondo cuando se inició el proceso de juzgamiento a la corrupción del régimen Fujimorista ⁵.*
- 7.- *A causa de estas dificultades, fue necesario un marco normativo sin el cual habría resultado difícil, si no imposible, la investigación, acopio de pruebas y procesamiento de los implicados en casos de corrupción. Esta tarea fue acometida sobre todo durante el gobierno transitorio del presidente Valentín Paniagua y el gobierno de Alejandro Toledo, en los cuales se aprobó un importante paquete de medidas anticorrupción. Resaltan de este grupo de normas las siguientes:*

a) Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, Ley N° 27378 (promulgada el 20 de

⁴ Procuraduría Pública Ad Hoc Anticorrupción: Memoria y Balance (2000-2005).

⁵ Cfr. De Belaúnde, Javier: La Reforma del Sistema de Justicia ¿En el camino correcto?, Fundación Konrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima 2006, p. 46 y ss.

diciembre del 2000). Según la norma, la información que proporcione el colaborador debe permitir evitar la continuidad o consumación del delito, conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, identificar a los autores y partícipes; así como averiguar el paradero o destino de los bienes, efectos y ganancias del delito; y entregar a las autoridades los instrumentos, efectos, ganancias o bienes delictivos⁶. Esta Ley de colaboración eficaz fue de suma importancia en el desbaratamiento de la organización delictiva.

- b) *Ley de procedimientos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, Ley N° 27379 (promulgada el 20 de diciembre del 2000). Esta norma permitió la detención preliminar, impedimento de salida del país, incautación e interceptación de documentos privados, embargos, levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, exhibición y remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas, allanamiento de inmuebles, inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales, aún antes que se inicie un proceso penal. Esta norma fue igualmente fundamental para el proceso anticorrupción peruano.*
- c) *Las normas orientadas a evitar los problemas dilatorios como:*
- * *Ley N° 27399 (promulgada el 12 de enero del 2001) que regula la posibilidad de imponer medidas cautelares personales a los funcionarios con derecho a antejuicio constitucional.*
 - * *Ley N° 27652 (promulgada el 24 de febrero del 2002) la cual modificó las disposiciones del Código de Procedimientos Penales sobre los incidentes de recusación a los magistrados.*
 - * *Ley N° 27697 (promulgada el 12 de abril del 2002) la cual otorgó facultades al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados.*
 - * *Ley N° 27994 (promulgada el 6 de junio del 2003) la cual modificó el Código de Procedimientos Penales con la finalidad de abreviar o agilizar el informe final del juez instructor.*

⁶ Ugaz Sánchez-Moreno, José: Un año de lucha anticorrupción: Balance de la Procuraduría Ad-Hoc, Revista Ideele N° 143, diciembre del 2001.

- * *Ley N° 28177 (promulgada el 10 de diciembre del 2003) de celeridad y eficacia procesal con el objeto de reducir la carga procesal buscando neutralizar las maniobras dilatorias.*

En el Balance del Subsistema Anticorrupción ⁷ se puntualiza que en total, se emitieron veintitrés normas penales con el fin de fortalecer los procesos anticorrupción.

- 8.- Los resultados de este paquete normativo favorecieron de manera importante a la lucha contra la corrupción. Como han señalado los estudios⁸, gracias a este marco normativo ha sido posible conocer un conjunto de acciones delictivas que permanecían ocultas, identificar a los principales responsables de estos hechos, determinar la dinámica y estructura de la organización, acopiar pruebas que documentan suficientemente la existencia de los delitos, procesar a los responsables e imponerles sanciones penales.*

III.- Medidas legislativas pendientes para consolidar el marco normativo anticorrupción - Propuestas

- 9.- Como se ha señalado inicialmente, la medida más importante para la lucha contra la corrupción es la voluntad política. Sin esta, cualquier esfuerzo es vano.*
- Con voluntad política, incluso con el marco normativo actual, se alcanzarían logros importantes. A continuación presentamos algunas propuestas que bien podrían ayudar a consolidar aún más el marco normativo actual para la lucha anticorrupción.*

⁷ Cfr. Procuraduría Pública Ad Hoc Anticorrupción: Memoria y Balance (2000-2005)

⁸ Cfr. *Gamarra*, Ronald/ *Ramírez*, Lilia/ *Del Carpio*, Silva: Balance del subsistema anticorrupción, en: Consorcio Justicia Viva, Lima 2007; *De Belaúnde*, Javier: La Reforma del Sistema de Justicia, ¿En el camino correcto? Fundación Konrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima 2006; *Ugaz Sánchez-Moreno*, José: Un año de lucha anticorrupción: Balance de la Procuraduría Ad-Hoc, Revista Ideele N° 143, diciembre del 2001.

A.- Concepto de funcionario público

- 10.- Una tarea pendiente para consolidar el marco normativo de la lucha contra la corrupción es el referido a la necesidad de regular debidamente en el Código Penal el concepto de funcionario público a efectos penales.

Este ha sido uno de los problemas que se viene arrastrando desde la década pasada. Recordemos el caso Kouri-Montesinos del famoso video que dio lugar a la caída del régimen fujimorista. Durante el juzgamiento judicial la defensa afirmó que el congresista electo no era funcionario público, por lo que su conducta no se subsumía en el tipo penal del delito de corrupción. En la doctrina existía un sector que respaldaba la tesis de la defensa y otro sector que señalaba que un congresista electo sí era considerado funcionario público a efectos penales⁹. La jurisprudencia de nuestro país resolvió esta controversia, señalando que un congresista electo sí era funcionario público a efectos penales y, en consecuencia, procedió a declarar culpable del delito de corrupción al congresista Kouri.

- 11.- Con el objeto de evitar dudas en la interpretación y lograr seguridad jurídica en la solución de casos similares, se requiere de una reforma legislativa del art. 425 del Código Penal orientada a modificar y ampliar el concepto de funcionario público para comprender expresamente en esta categoría a quienes asumen cargo por elección popular, aun cuando no hayan sido investidos o juramentado al cargo¹⁰. Esta medida legislativa consolidaría el marco normativo necesario que debe acompañar a la lucha contra la corrupción. Además, así se estaría más acorde con el marco establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción que considera funcionario pú-

⁹ Cfr. Abanto Vásquez, Manuel: Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Lima 2003, p. 25 y ss.

¹⁰ En esta línea también Abanto Vásquez, Manuel: Los delitos contra la Administración Pública, p. 26.

blico a efectos penales a «todas aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para desempeñar actividades o funciones a nombre del estado o a su servicio»¹¹.

B.- Tipificación del comportamiento del interesado en el delito de colusión (art. 384 CP) y tráfico de influencias (art. 400 CP)

- 12.- El delito de colusión es un delito de participación necesaria. Supone siempre la participación de dos partes en una suerte de contrato donde se compra y vende la función pública. El legislador ha sancionado en el art. 384 del Código Penal el comportamiento del funcionario público que se colude con los interesados para defraudar al Estado. Sin embargo, el legislador no ha tipificado expresamente en un tipo penal de la Parte Especial del Código Penal la conducta del interesado, de aquel particular o empresario que propicia la colusión para favorecerse con los contratos del Estado.

En estos casos, la jurisprudencia ha procedido aplicando las reglas generales de la parte general para comprender estas conductas como supuestos de participación¹² (instigación o complicidad) en el delito de colusión, aun cuando reúnen contenido de injusto propio. En la literatura existen serios cuestionamientos a la legalidad de este procedimiento. Por ello, con el objetivo de consolidar el marco normativo anticorrupción, el legislador debería proceder a tipificar el comportamiento del interesado en un artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, de modo similar a como lo ha hecho al tipificar el cohecho activo.

- 13.- El mismo problema presenta el delito de tráfico de influencias, puesto que al igual que el caso anterior, se trata de un delito de participación necesaria donde el traficante vende sus influencias a un intere-

¹¹ Convención Interamericana contra la Corrupción.

¹² García Caveró, Percy: Aspectos Dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal, en: García Caveró, Percy / Castillo Alva, José: El delito de colusión, Lima 2008, p.52 y ss.

sado. El legislador sanciona la conducta del traficante en el art. 400 del Código Penal. Sin embargo, ha dejado un vacío en la Parte Especial del Código Penal respecto al merecimiento de pena del interesado que es el que incentiva y se ve favorecido por el tráfico de influencias. En el caso del delito de tráfico de influencias se ha producido en la doctrina nacional un intenso debate sobre la relevancia penal de la conducta del interesado ¹³. Un sector minoritario de la doctrina ha señalado que el silencio del legislador debía interpretarse como la voluntad de considerar impune el comportamiento de los interesados. Otro sector de la doctrina ha señalado que este silencio debe entenderse como la voluntad del legislador de dejar a las reglas generales de la complicidad o de la instigación, la comprensión del comportamiento del interesado.

Al enfrentarse a estos casos, la jurisprudencia de nuestro país ha optado por la solución según la cual el interesado en el delito de tráfico de influencias respondería como partícipe del delito, es decir, como cómplice o instigador del delito. Se ha consolidado la doctrina jurisprudencial que fundamenta la relevancia penal de la conducta del interesado cuando éste realiza un comportamiento que rebasa el rol neutral de ciudadano que se motiva por la legalidad en su actuar y superando un mínimo necesario provoca, favorece o contribuye a la realización del delito. Sin embargo, a efectos de evitar cuestionamientos de legalidad, lo adecuado para la consolidación del marco normativo anticorrupción que debe acompañar toda acción decidida del Estado contra la corrupción, es la tipificación del comportamiento del interesado en un artículo independiente de la Parte Especial del Código Penal, del mismo modo como hemos planteado para el interesado en el delito de colusión. El legislador debería tipificar en la Parte Especial el comportamiento del traficante y del interesado como lo ha hecho con el cohecho pasivo y cohecho activo.

¹³ Cfr. Abanto Vázquez, Manuel: Los delitos contra la Administración Pública, p. 535.

C.- *La reforma legislativa orientada a ampliar los plazos de prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función*

14.- *Finalmente, es necesario una reforma legislativa orientada a ampliar los plazos de prescripción, pues es frecuente ver que los procesos penales se ven truncados por imperio de la prescripción, generando en la sociedad la sensación de impunidad generalizada de los actos de corrupción: «roban, dilatan sus procesos, y salen libres a disfrutar el fruto de su delito» se repite frecuentemente.*

a) Regulación actual de la prescripción para los delitos de corrupción

15.- *Las reglas de prescripción aplicables a los delitos de corrupción, salvo el caso cuando estas acciones afectan al patrimonio del Estado, son las mismas reglas generales aplicables a todos los delitos. El delito prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito. Extraordinariamente el delito prescribirá cuando el tiempo transcurrido supere en una mitad al plazo ordinario de prescripción (arts. 80 y 83 CP)¹⁴. Sin embargo, debido a que por lo general los delitos cometidos por lo funcionarios públicos no tienen penas altas y por la duración de los procesos, la regulación actual favorece la prescripción de los delitos de corrupción, truncando los procesos en marcha.*

b) Regla especial para delitos contra el patrimonio del Estado

16.- *El legislador ha previsto una regla especial de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado: La duplicación de los plazos de prescripción (art. 80 in fine CP).*

¹⁴ Sobre los fundamentos de la prescripción y sus modalidades cfr. *Meini*, Iván: «Sobre la prescripción de la acción penal», en *Imputación y responsabilidad penal*, Lima 2009, p. 277 y ss.

¡Esta medida es correcta, pero insuficiente! Está bien que se amplíen los plazos de prescripción para casos de delitos cometidos por funcionarios públicos, pues estos generalmente utilizan su posición de poder, sus conocimientos del sistema de justicia, sus recursos para huir de la acción de la justicia y hacer que sus delitos prescriban. Sin embargo, tal como está estipulada esta regla especial, sólo será aplicable a algunos delitos cometidos por los funcionarios públicos: a los que afecten el patrimonio del Estado¹⁵. En la práctica será únicamente al delito de peculado y malversación de fondos. En la discusión sobre la amplitud de la aplicación de esta regla especial donde se discutía la ampliación de la prescripción a delitos como el de cohecho, enriquecimiento ilícito y otros, la Corte Suprema ha zanjado la discusión señalando que la regla especial se aplica únicamente al delito de peculado. En consecuencia, con esta regla y con esta interpretación, no se ha avanzado en la ampliación de los plazos de prescripción para todos los delitos cometidos por funcionarios públicos.

c) ¿Es la imprescriptibilidad la solución a los problemas de impunidad?

17.- Ante este panorama, distintos juristas y políticos han planteado la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Dado que es intolerable en un Estado de derecho que los actos de corrupción prescriban dejando maniatada a la justicia, es necesario declarar imprescriptibles los delitos de corrupción, reza su discurso. Se apoyan en el rechazo que provoca en la sociedad la impunidad por prescripción y porque es bien recibida por los electores la promesa de imprescriptibilidad de la corrupción, como lo es también el fusilamiento de los corruptos. En la actualidad existen diversos proyectos de ley que pretenden declarar imprescriptibles los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

¹⁵ Sobre la problemática del ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción, cfr. mi trabajo «La prescripción en los delitos contra la administración pública» publicado en: *Gaceta Penal* N° 10, Abril 2010, p. 149 y ss.

- 18.- *Pese a todo, consideramos que la medida de la imprescriptibilidad es contraproducente para el propio Estado de Derecho, por lo que debería dejarse de lado tal propuesta a efectos de consolidar el marco normativo anticorrupción.*

Considerar a los delitos de corrupción como imprescriptibles, significaría equiparlos con los delitos de lesa humanidad, lo cual a mi parecer rompe gravemente el principio de proporcionalidad y la recta evaluación del contenido del injusto de estos delitos. El acto de apropiación de 1,000 o 10,000 soles que realiza un funcionario público, no puede ser equiparado con el acto de torturar, asesinar y desaparecer personas lesionando la dignidad del ser humano como valor universal.

Con la tesis de la imprescriptibilidad también se pone en cuestión el principio de proporcionalidad del ordenamiento jurídico penal, pues se pretende declarar imprescriptibles actos de corrupción y no se hace lo propio con delitos mucho más graves como el asesinato, la extorsión o la violación sexual de menores. El programa político criminal que trajo consigo el código penal de 1991 se vería así desbordado, generándose más bien un abanico de normas penales no sistematizadas en función de los valores o bienes jurídicos. El ordenamiento penal se convertiría así en un cúmulo de normas penales que responden únicamente a las exigencias sociales, de los electores o a presiones de los medios de comunicación.

Declarar imprescriptibles los delitos de corrupción podría llevar también a soluciones contraproducentes para la misma lucha legítima contra la corrupción. Así, una solución semejante al problema de la impunidad y la necesidad legítima de ampliar la prescripción podría convertirse en una solución aparente e incluso políticamente injusta, con el consiguiente peligro de abrir el camino a un Derecho penal sin garantías. «Si la potestad de perseguir del Estado no se extinguiera nunca, puede mantenerse las causas de por vida, como una espada de Damocles para los adversarios políticos»¹⁶. Además, se generaría

¹⁶ Clemente, José/Ríos, Carlos: Cohecho y tráfico de influencias, Córdoba 2011, p. 57.

un incentivo negativo que llevaría a relevar al Estado de su deber de resolver la situación de los procesados con prontitud.

d) Propuesta de solución

- 19.- Por todas las razones expuestas, No soy de la opinión de declarar imprescriptibles los delitos de corrupción. Si soy partidario de ampliar los plazos de prescripción. Se requiere de una reforma legislativa que amplíe los plazos de prescripción de manera general para todos los delitos de corrupción.*

*Propongo duplicar los plazos de prescripción para **todos** los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función. El plazo que se posibilita con esta medida, sería más que suficiente para investigar y juzgar los delitos de corrupción en sentido amplio. Es un plazo razonable. Esta medida aunada a la vigencia actual del Nuevo Modelo Procesal Penal en materia de corrupción que agiliza la investigación y juzgamiento y suspende la prescripción cuando se formaliza la investigación preparatoria (art. 339 NCPP), sería de mucha ayuda para consolidar un marco normativo anticorrupción eficiente y garantista; y se haría innecesaria una persecución ad infinitum.*

- 20.- Además, con esta medida que propongo se haría innecesario modificar la Constitución para posibilitar la imprescriptibilidad, con la conocida dificultad que una reforma constitucional implica. Con la duplicación del plazo de prescripción se haría patente, práctica y viable la voluntad política de evitar la impunidad por prescripción de los actos de corrupción, pues para su puesta en marcha basta con una ley. Con esta medida se gana en rapidez, eficacia y legitimidad. Sería una respuesta rápida al clamor social, y se haría dentro de los márgenes de legitimidad democrática que toda lucha contra la corrupción siempre debe resguardar.*