



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**XVIII Programa de Actualización Profesional para Obtener el
Título
de Abogado**

MONOGRAFÍA

**Inidoneidad de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción de
Funcionarios como Fundamento Principal para Evitar la Impunidad, a
propósito de la Reforma Constitucional del Artículo 41**

**PRESENTADA POR:
Denis Rodríguez Ortiz**

Cajamarca – Perú, junio del 2019

AGRADECIMIENTO

A don Victoriano Rodríguez Huamán
y a doña Celinda Ortiz Villena, quienes
significan esfuerzo lucha y respeto: Mis Padres

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	8
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	8
1.1. DESCRIPCIÓN DEL TEMA.....	8
1.2. JUSTIFICACIÓN	9
1.3. OBJETIVOS.....	10
1.3.1. <i>Objetivo General</i>	10
1.3.2. <i>Objetivos Específicos</i>	10
1.4. METODOLOGÍA	11
CAPÍTULO II	12
MARCO TEÓRICO	12
2.1. ALGUNOS ANTECEDENTES	12
2.2. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	14
2.2.1. <i>Concepto</i>	14
2.2.2. <i>La Prescripción En El Código Penal</i>	18
2.3. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD	19
2.3.1. <i>Origen En El Derecho Penal Internacional</i>	20
2.3.2. <i>La Imprescriptibilidad En La Legislación Comparada</i>	22
A. Ecuador	22
B. Bolivia	23
C. Colombia.....	24
D. Puerto Rico	25
2.4. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN Y LOS DELITOS DE GENOCIDIO Y LESA HUMANIDAD.....	25
2.5. SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL - PENAL.....	26
2.5.1. <i>La Duplicidad Del Plazo Prescriptorio Como Regla Especial</i>	27
2.6. TEORÍAS GENERADAS	29
2.6.1. <i>Posiciones A Favor De La Imprescriptibilidad En Los Delitos De</i> <i>Corrupción</i>	29
2.6.2. <i>Posiciones En Contra De La Imprescriptibilidad En Los Delitos De</i> <i>Corrupción</i>	32
2.7. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	38
2.8. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.....	42
2.9. APLICACIÓN DE LA FÓRMULA DEL PESO	43

2.9.1. <i>Respecto Al Correcto Funcionamiento De La Administración Pública</i>	44
2.9.2. <i>Respecto A La Seguridad Jurídica</i>	44
CAPÍTULO III	46
DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	46
3.1. INIDONEIDAD DE LA MEDIDA Y EL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA....	46
3.2. TEST DE PROPORCIONALIDAD.	47
3.2.1. <i>Idoneidad</i>	47
3.2.2. <i>Necesidad</i>	48
3.2.3. <i>Proporcionalidad En Sentido Estricto</i>	49
3.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, NECESIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN..	49
3.4. COMPARACIÓN CON LOS DELITOS DE DERECHO INTERNACIONAL.....	51
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	54

**INIDONEIDAD DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE
LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS, COMO FUNDAMENTO
PRINCIPAL PARA EVITAR LA IMPUNIDAD, A
PROPÓSITO DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 41**

INTRODUCCIÓN

En el país, se han presentado, así como muchos acontecimientos que han permitido nuestro desarrollo como nación, una amplia lista de casos que flagelan y representan el estancamiento de avance político, económico, social y por supuesto tecnológico. Nombrarlos, nos tomaría mucho tiempo y saldríamos del tema central que pretendemos desarrollar en el presente trabajo; por lo que en el mismo nos ocuparemos solo de uno en específico, mismo que representa una problemática muy fuerte y sobre todo actual, en aras de impulsar el desarrollo de nuestro país.

En las últimas décadas hemos conocido diversos casos de corrupción, que, según Alfonso Quiroz, citado por Giuliana Loza Ávalos, haciendo referencia que, en nuestro país desde hace mucho tiempo, se han presentado, en algunas épocas más que otras, diferentes casos de corrupción, en sus diferentes modalidades; en tanto menciona que:

La historia del Perú ha sido en parte la historia de sucesivos ciclos de corrupción, seguidos por periodos sumamente breves de reforma anticorrupción, interrumpidos por intereses creados contrarios a la reforma. Se estima que entre los años 1820 y 2000 estas sucesivas olas de corrupción podrían haber implicado la pérdida directa e indirecta, desvío o mala asignación de fondos, equivalente a un promedio de entre 30 y 40 por ciento de los gastos gubernamentales, y de entre 3 y 4 por ciento del producto bruto interno. Estas inmensas pérdidas, originadas en la corrupción, representarían entre el 40 y 50 por ciento de las posibilidades de desarrollo del país a largo plazo (considerando que este requiere de un crecimiento sostenido de entre 5 y 8 por ciento del Producto Bruto Interno - PBI). (2014, pág. 54).

Al evidenciar los diversos casos de corrupción, ha ocasionado que los diferentes grupos de índole social, académico, afianzando el estudio del tema por parte de la dogmática penal, a través de la opinión de numerosos expertos en la materia y por supuesto también los grupos políticos, entre otros; pongan su interés aún más en solucionar o menguar dicha problemática. Es así que durante la campaña para ostentar el sillón presidencial por el periodo 2016–2021, en su mayoría los

candidatos presidenciales tuvieron como propuesta, implementar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios, que ya se estaba debatiendo en el Congreso en el periodo legislativo 2011-2016, con un aproximado de 7 Proyectos de Ley.

Cumpliendo con tal propuesta, después de ser aprobados por el Congreso en dos legislaturas¹, el entonces mandatario de la República, Pedro Pablo Kuczynski, firmó la Ley N° 30650, publicada el 20 de agosto del 2017, misma que reforma el artículo 41 de la Constitución, en lo que respecta a la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción, cometidos contra la Administración Pública y Patrimonio del Estado en los supuestos más graves.

Dicha medida si bien ha sido aplaudida por diversos sectores sociales y políticos, sin embargo, también ha traído consigo diferentes cuestionamientos, desde el ámbito estrictamente jurídico, por parte de los profesionales del Derecho. En tal sentido, en el presente trabajo, vamos a desarrollar e identificar la carencia de idoneidad de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción de Funcionarios, como el principal mecanismo o fundamento para evitar la impunidad de los mismos, recogiendo las opiniones de doctrinarios que han tratado sobre el tema; estudiando en este orden, los antecedentes respecto a la figura, la prescripción de la acción penal, la imprescriptibilidad propiamente dicha, su origen en el Derecho Penal Internacional, así como la regulación de la figura en la legislación comparada; la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios y su símil de la misma con los de lesa humanidad y genocidio; alcanzando posteriormente a estudiar dicha figura en el ámbito que nos ocupa, conociendo las teorías generadas a partir de la reforma a tratar; realizando un ulterior análisis y discusión del tema, para, consecuentemente, arribar a las conclusiones correspondientes.

¹ Por tratarse de una Reforma Constitucional (Artículo 41 de la Constitución) según el artículo 206, puede omitirse referéndum cuando el acuerdo del Congreso sea aprobado en dos legislaturas con voto favorable.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Descripción del tema

Los innumerables casos de corrupción que se ha destapado en los últimos años, y que han comprometido a diversos funcionarios y servidores del Estado, a los cuales hemos dado la confianza a través de nuestro voto popular, otros que imparten justicia a través de los diferentes órganos del Estado, enmarcan uno de los escándalos más relevantes de esta última década, mismos que preocupan y sobre todo deben alentar a toda la ciudadanía y sobre todo a los profesionales del Derecho a encontrar las soluciones, no estrictamente desde al ámbito represivo, sino también y más aún, afianzando más a una política preventiva.

Es así que el afán de hacer algo para evitar la impunidad o prevenir tales hechos, ha llevado a los poderes del Estado, a tomar medidas drásticas y a preocuparse aún más en el verdadero funcionamiento de la institucionalidad y la justicia en nuestro país. Una de esas medidas, de carácter represivo y sancionador, más que preventivo, es la aprobación de la Ley N° 30650, que reforma el Artículo 41 de la Constitución, que establece la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción en los casos más graves, cuando afecte a la Administración Pública y al Patrimonio del Estado.

En ese sentido, la reforma implementada, que está cerca de cumplir dos años, deja cierta incertidumbre acerca de qué tipo de delitos de corrupción serían considerados graves; dejando o confiando que el juzgador, que conocerá cada caso concreto, solucione dicha ambigüedad. A su vez, considerar tal medida como un paso muy importante para combatir la corrupción, merece indefectiblemente un análisis acerca de la idoneidad de la misma, teniendo en cuenta el afronte con otras normas del Derecho Penal y sobre todo con principios básicos que hasta ahora han marcado una armonía y han

representado garantía en un proceso penal; como lo es el principio de legalidad, presunción de inocencia, entre otros.

1.2. Justificación

Antes de la modificatoria materia de este trabajo, el texto constitucional en su Artículo 41, establecía que, en caso de los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica; sin embargo, a partir de la aprobación de la Ley 30650, publicada el 20 de agosto del 2017, misma que modifica el apartado constitucional mencionado, se establece que opera la figura de imprescriptibilidad (el *ius puniendi* del Estado se convierte en eterno) en los delitos de corrupción considerados graves conforme al Principio de Legalidad, además de duplicar el plazo de Prescripción en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el Patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios y servidores públicos, así como también para los particulares.

Dicha medida ha traído consigo diversos debates y posiciones tanto en contra como a favor de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción considerados muy graves y que afecten al patrimonio del Estado; los primeros porque consideran se afecta diversos principios de carácter penal y procesal penal, por señalar algunos, el principio básico garante del proceso penal como lo es el de Debido Proceso, el Principio de Legalidad, la Presunción de Inocencia, y en general la Seguridad Jurídica de nuestro ordenamiento nacional; y los de la segunda postura, porque consideran que la implementación de dicha figura de carácter Constitucional - Penal, representa un pilar importante en la lucha contra la corrupción² en nuestro país; misma que ha significado, sin lugar a dudas, el flagelo más considerable y repudiable que nuestra sociedad y política nacional ha vivido en la última década, por los daños determinantes que ha traído consigo, no solo a nivel institucional, sino también económico, cultural, social, y

² Llegando a ser catalogada por algunos doctrinarios nacionales, como un Principio de índole Constitucional - Penal.

hasta deportivo; verbigracia el caso Odebrecht que involucró en su mayoría al continente regional sudamericano.

En este contexto, es necesario un análisis acerca de que tan idóneo resulta la medida de implementar la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción en los casos más graves, en donde se enfoque las posiciones bivalentes para el presente tema, pretendiendo llegar a una conclusión final, por supuesto de carácter académico, contribuyendo modestamente a mayores análisis mucho más profundos acerca del contenido. Por lo que se considera provechoso el estudio de esta problemática planteada.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Analizar la falta de idoneidad de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción, como fundamento principal para evitar la impunidad, a propósito de la reforma constitucional del artículo 41.

1.3.2. Objetivos específicos

- a) Examinar si la prescripción como garantía, responde a una figura razonable y necesaria para el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico.
- b) Identificar el grado de gravedad de los Delitos de Corrupción en comparación con los Delitos de Genocidio y Lesa Humanidad.
- c) Determinar la afectación a la seguridad jurídica, con la implementación de la imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción, en los casos más graves.

- d) Establecer la ineficacia de la imprescriptibilidad como reforma constitucional, y su aparente trascendencia, en la lucha contra la corrupción en nuestro país.

1.4. Metodología

Para el desarrollo del presente trabajo, utilizaremos de manera general los métodos deductivo, analítico y el método comparativo; ya que a partir de conocimientos generales de las instituciones y principios del Derecho Penal, vamos a arribar a conclusiones particulares; así como el análisis de las instituciones jurídicas y su relación entre sí; discerniendo si existe o no algunas similitudes entre los Delitos de Genocidio y Lesa Humanidad, con los Delitos de Corrupción de Funcionarios, tomando a los primeros como el principal antecedente para la implementación de la Imprescriptibilidad en los Delitos de Corrupción; a su vez utilizaremos los métodos específicos, como la interpretación jurídica (literal, sociológica, histórica, auténtica, sistemática), y la dogmática jurídica. Recabando las diferentes opiniones de los profesionales del Derecho que han tratado hasta ahora sobre el tema, para que, en análisis de ello, obtener nuestra postura al respecto, pretendiendo en mayor medida, dar respuesta a los objetivos trazados en el acápite precedente. Pudiendo, por consiguiente, reflexionar, criticar interpretar las normas y reglas que regulan sobre la figura; y respecto a la problemática que hasta ahora ya se ha identificado, misma que se va a profundizar en mayor medida.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Algunos antecedentes

En nuestra vasta y conmovedora historia, hemos pasado por diferentes épocas, ya sea con tinte político, económico, religioso, social y hasta deportivo; remontándose incluso a tiempos en donde la idea de República era como pensar que en la década del siglo XIX, que con el avance tecnológico se lograría llegar a la luna; sin embargo, ambos fenómenos han ocurrido; así como el flagelo de la corrupción, misma que ha significado una preocupación cada vez más seria por parte de nuestros representantes gubernamentales, en afán de reducirla o evitar su impunidad, o en afán de sancionarlo con las penas más drásticas o con otras medidas de carácter represivo. Es en este último contexto que:

Una de las primeras iniciativas encaminadas a combatir de manera eficiente la corrupción, luego del período devastador comprendido entre los años 1990 - 2000, fue la creación del Programa Nacional Anticorrupción³ y su grupo de trabajo denominado Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA), los cuales plantearon la promoción de los principios de Imprescriptibilidad y Jurisdicción Internacional en materia de Delitos de Corrupción, a efecto de que el transcurso del tiempo y la doble nacionalidad no constituyan supuestos justificativos de impunidad (Rímac Narro, 2015).

Posterior a dicha iniciativa, no fue, sino después de dos periodos legislativos que se inició a afianzar mucho más el debate acerca de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción. En tanto que entre los años 2011-2016, en el Congreso de la República se presentaron doce

³ Creada por Resolución Suprema N° 160-2001-JUS, de fecha 11 de abril del 2001, firmada por el entonces presidente interino don Valentín Paniagua Corazao; en donde se establece en otro otros aspectos, que el Programa Nacional Anticorrupción estará adscrito al Ministerio de Justicia, así como construir el grupo de trabajo de Iniciativa Nacional Anticorrupción, regulando sus funciones de la misma.

Proyectos de Ley, preocupados estrictamente en la reforma Constitucional del Artículo 41 de nuestra Carta Magna; en los cuales destacan los Proyectos de Ley N° 79/2011-CR; 90/2011-CR; 91/2011-CR; 133/2011-CR; 134/2011-CR; 150/2011-CR; 151/2011-CR; es preciso mencionar que si bien el universo de proyectos que se han ostentado implementar, buscan un solo fin: que las instituciones en donde recaen la labor de investigar y juzgar los delitos de corrupción, lo hagan sin estar sujetos a barreras o límites de naturaleza temporal, no obstante, no se plantea el mismo mecanismo; ya que unos pretenden incorporar la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción, otros la inhabilitación perpetua a nivel constitucional, otros a “introducir la Imprescriptibilidad en Código Penal e impedir la aplicación de penas suspendidas y a la no concesión de beneficios penitenciarios a través del Código de Ejecución Penal”. (León Vidal V. H., 2014, págs. 50-55)

Posterior a ello, en el año 2014 se presentó otro Proyecto de Ley que respondía al N° 4118/2014-CR, presentada por los Congresistas del Grupo Parlamentario Dignidad y Democracia. En dicho Proyecto legislativo, se propuso incorporar un párrafo *in fine* en el Artículo 41 de la Constitución, estableciendo que los Delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos regulados en la Ley son imprescriptibles.

Entre sus principales fundamentos que se establece para regular la imprescriptibilidad de los Delitos de Funcionarios Públicos en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 4118-2014, se manifiesta:

Es sabido que en el caso de los delitos de corrupción de funcionarios existe la particularidad de que muchos de los ilícitos cometidos son conocidos luego de un periodo largo del que se hicieron. Generalmente el tránsito es entre gobiernos e incluso entre varios periodos de mandato (cuando el tránsito es entre grupos afines). Lo cierto que el aparato estatal es tan grande como las posibilidades de acciones tendentes a afectar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, lo que genera que muchas veces se enquisten mafias dentro del Estado que haga

difícil o casi imposible detectar irregularidades y malos manejos.
(Dignidad y Democracia Grupo Parlamentario, 2015)

Sin embargo, cabe precisar de lo mencionado en la exposición de motivos del Proyecto de Ley precitado, que esto resultaría un arma de doble filo, ya que si bien pueden, como lo menciona enquistarse “mafias” (encarnado en los gobiernos) con igualdad de intereses o afines; también puede suceder en el gobierno, un grupo político de diferente ideología o actualmente denominado un enemigo político, el cual al identificar esbozos de corrupción de un anterior gobierno, sin tener los medios probatorios suficientes que demuestren la culpabilidad de los actos cometidos, se dedicaría, a pesar de haber pasado mucho tiempo a investigar tales actos, no con el afán de evitar la impunidad, sino de eliminar políticamente a sus opositores, aprovechándose del poder que ostenta; en tanto se llegaría a condenar sin medios probatorios suficientes, vulnerando principios como el de presunción de inocencia, seguridad jurídica, entre otros.

Después de tantos intentos con resultado negativo, pero que han incidido considerablemente, no fue sino recién el 20 de agosto del 2017, después de ser aprobada en segunda votación por el Congreso días antes, el 17 de agosto; en donde se publicó en el Diario Oficial el Peruano la Ley de Reforma Constitucional 30650, la misma que modifica el cuarto párrafo del Artículo 41 de la Constitución, estableciendo que 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.

2.2. La Prescripción de la acción penal

2.2.1. Concepto

Por un viejo y conocido dicho, se menciona que el tiempo lo cura todo; pues el derecho que para nada es ajeno a la costumbre,

también ha recogido parte de aquello, para transformarlo en una garantía especialmente de carácter penal constitucional: La Prescripción de la acción penal, misma que “es una institución jurídica que importa una limitación a la acción punitiva del Estado fundada en la acción del tiempo” (León Vidal, Benavente Chorres, & Calderón Valverde, 2015). Como señala Iván Meini, citado por León Vidal, Benavente Chorres, y Calderón Valverde (2015) “es el transcurso del tiempo que extingue la obligación estatal de perseguir y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante”.

Dicha institución yace su fundamentación en razones de seguridad jurídica, al pretender evitar la posibilidad de ejercitar indefinidamente el ius puniendi ante los órganos jurisdiccionales. A decir de Hurtado Pozo, la Prescripción se fundamenta en la inutilidad de la represión penal cuando ha transcurrido un lapso más o menos largo desde la comisión del delito o la imposición de la sentencia penal. (León Vidal, Benavente Chorres, & Calderón Valverde, 2015, págs. 34-35)

A lo mencionado se añade que, de acuerdo a lo decidido y regulado por el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del 2010, la prescripción según el artículo 86 del Código Penal, es una frontera de Derecho Penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, ya que si fuese así, se vería transgredido y vulnerado el derecho fundamental a que un proceso debe definirse y solucionarse, a partir de una decisión final, misma que se manifiesta en una sentencia firme y consentida con calidad de cosa juzgada, en un plazo razonable. “El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja este a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución”. (Diálogo con la Jurisprudencia)

Muñoz Conde, citado por Gamarra Herrera y Pérez Castañeda, manifiesta que la Prescripción viene a ser “una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos. Su fundamentación radica, pues, más en razones de seguridad jurídica, que en consideraciones de estricta justicia material”. Con dicha institución jurídica, se busca impedir el ejercicio del poder punitivo que posee el Estado, después de haber transcurrido un determinado plazo, contado "a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción". (Gamarra Herrera & Pérez Castañeda)

Siguiendo con el ámbito conceptual de la figura, Rímac Narro (2015), manifiesta que la Prescripción 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”, alegando que el plazo de tiempo transcurrido, elimina y desaparece los efectos jurídico penales del delito cometido, siendo olvidado por las instituciones encargadas de juzgar e investigar, pero manteniéndose solamente una memoria social de la conducta. (Rímac Narro, 2015, pág. 20)

La Prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado - pena abstracta -. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria - de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público – y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe implicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la

pena fuera de los límites temporales de la prescripción – a su pretensión punitiva – y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible - prescripción de la pena⁴ -. (VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, 2010)

Con la Prescripción, no se extingue la posible responsabilidad penal de una conducta, sino la posibilidad o la facultad de investigar si la conducta realizada es efectivamente un delito; así también, no extingue la pena, sino la posibilidad de ejecutarla, a decir verdad, la Prescripción no extingue el delito, sino su persecución. (Villegas Paiva, 2016, pág. 399)

Es así que el Estado, como el salvaguarda y protector del ordenamiento jurídico y de las instituciones que conforman ese, a través de sus órganos, hace respetar y garantiza la plena vigencia y el cumplimiento de la Prescripción, haciendo notar que dicha figura importa un pilar fundamental en nuestro ordenamiento nacional, tan es así que el juez debe declararla de oficio; tal como se ha resuelto en el Expediente N° 4419-95-B-Lima: “ha transcurrido con exceso el término extraordinario que para la Prescripción de la acción penal prevén los artículos ochenta y ochenta y tres in fine del Código Sustantivo, por lo que procede declararla de oficio” (Frisancho Aparicio, 2011, pág. 543)

⁴ Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, donde se establece entre otros criterios vinculantes que, si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que existe una vinculación directa entre estos, exigiendo el concurso de tres presupuestos concretos: 1) Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito – funcionario o servidor público – y el patrimonio del estado. 2) el vínculo implica que el infractor ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos. 3) puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa, y por tanto, es posible a que través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor público que originalmente por su nivel o facultades específicas no poseía.

2.2.2. La Prescripción en el Código Penal

En tal escenario, ahora nuestro ordenamiento jurídico vigente, regula la figura en el Código Penal, artículos 80, 81, 82, 83 y 84, estableciendo un conjunto de reglas sobre tan importante institución jurídica, estas son aplicables a todos los delitos regulados en el cuerpo normativo ya mencionado, es así que incluso el delito de omisión a la asistencia familiar, en dónde se protege a la familia como bien jurídico, en tanto a la seguridad de los integrantes de la familia, también tiene efecto prescriptorio; es por ello que los delitos de corrupción “prescribirán en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (Prescripción ordinaria) o, en caso de interrupción, cuando el tiempo transcurrido supere en una mitad el plazo ordinario de Prescripción (Prescripción extraordinaria)” (León Vidal, Benavente Chorres, & Calderón Valverde, 2015).

No obstante, no todos los plazos de Prescripción son tratados de la misma manera para todos los delitos, ya que el Código Penal en el Artículo 80, regula dos plazos prescriptorios: plazo ordinario, a un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, o dos años para delitos que merezcan otras penas; y, el plazo extraordinario, vinculados únicamente a los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, donde opera la duplicidad del plazo de prescripción⁵ “consignado en la parte final del artículo 80 del Código Penal y su aplicación a los partícipes que no ostentan la condición de funcionarios o servidores públicos”. (León Vidal, Benavente Chorres, & Calderón Valverde, 2015)

⁵ Párrafo incorporado por la Ley 26314, del 12 de mayo de 1994, mismo que modifica el Artículo 80 del Código Penal.

2.3. La Imprescriptibilidad

El *ius puniendi* del Estado, que se entiende como aquella facultad sancionadora que este posee para castigar aquellas conductas consideradas como delitos o faltas dentro de nuestro ordenamiento jurídico tiene sus límites, estos pueden ser de carácter humanitario, constitucional, legal, y entre otros también temporal; este último porque dicha potestad adjudicada, no puede ser eterno o infinito.

Sin embargo, como casi todo en el derecho, siempre una regla general (Prescripción) tiene su excepción (Imprescriptibilidad), no estando ajeno esta figura a dicha regla. Con la aprobación de la Ley 30650 que aprueba la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción, en los supuestos más graves, se hace efectiva tal excepción.

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción busca que el Estado persiga de manera indefinida a una persona implicada en un acto delictivo contra el patrimonio del Estado, de manera que siempre pueda ser encausado por la justicia. Esta condición estará reservada para los delitos más graves, como la colusión desleal o el peculado, que tienen las mayores penas, mientras que para el resto de crímenes regirán las condiciones actuales, que duplican el plazo de prescripción ordinaria cuando se trata del patrimonio del Estado. (El Peruano, 2017)

Otros autores como la Abogada Giuliana Loza Ávalos, hace un comentario acerca de los modelos que existe en nuestro país, respecto a la persecución de carácter temporal de los delitos, tomando en cuenta, a la figura de la Imprescriptibilidad como el tercer modelo de persecución temporal implementado en nuestro ordenamiento jurídico.

La determinación temporal de la persecución de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en perjuicio del patrimonio del Estado, presenta tres modelos: a) un plazo común; b) un plazo especial o superior, y c) la imprescriptibilidad. Nuestro sistema penal actual recién ha implementado la imprescriptibilidad

adhiriéndose a los 2 primeros modelos, esto es, para ciertos delitos se aplica un plazo de prescripción similar al previsto para otros tipos penales (conforme a las reglas del primer párrafo del art. 80 del CP) un plazo especial, representado por el plazo duplicado para determinados supuestos (conforme a los arts. 41 de la Constitución y último párrafo del art. 80 del CP) y la imprescriptibilidad en los supuestos más graves. (Loza Ávalos, La Propuesta Legislativa de Imprescriptibilidad de los Delitos e Corrupción de Funcionarios)

2.3.1. Origen en el Derecho Penal Internacional

El Perú está adherido a diversos instrumentos de carácter internacional, mismos que significan, que nuestro ordenamiento jurídico nacional se debe adecuar a los instrumentos internacionales, estando sujetos a un control de convencionalidad; esto es, estar acorde a las convenciones, tratados, y demás instrumentos de carácter internacional en los que el Perú es parte.

En nuestro país, conforme a la Resolución Legislativa N° 27998, publicada el 12 de junio de 2013, la imprescriptibilidad opera para los casos de crímenes de guerra y de lesa humanidad, teniendo en cuenta que si bien el Estado peruano se ha adherido a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad –adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968–, dicha Convención es aplicable respecto de los crímenes contemplados en ella, que se cometan con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú. En estos casos, el fundamento de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad radica en el derecho a la verdad. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional cuando afirma que es parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la verdad, el que los crímenes de lesa humanidad resulten

imprescriptibles. (Loza Ávalos, Los Delitos de Corrupción de Funcionarios, 2014, pág. 54)

Como dato importante, se tiene que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, entendido como un principio fundamental y pilar para el derecho penal internacional, ha sido recopilado como en diez documentos y declaraciones internacionales, pero sin la calidad de ser vinculantes. “Hasta que, el 6 de noviembre de 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas lo incorporó en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”. (León Vidal V. H., 2014). El Perú a través de la Resolución Legislativa N° 27998, de fecha 12 de junio del año 2003, aprobó su adhesión a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, incorporando con ello dicho principio en nuestro ordenamiento jurídico peruano. Posteriormente, dicha convención es ratificada mediante Decreto Supremo N° 082-2003-RE, de fecha 02 de julio del mismo año. (León Vidal V. H., 2014)

Esta regla de imprescriptibilidad excepcional, conforme lo ha expuesto el Tribunal Constitucional, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella (Cfr. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 225) (Loza Ávalos)

Sin embargo, en nuestro país, no se ha recopilado de manera textual lo que se reguló en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de

lesa humanidad, ya que el 06 de noviembre de 1968, donde la Asamblea General de las Naciones Unidas incorpora dicho instrumento, se estableció que los delitos de genocidio y lesa humanidad son imprescriptibles, sin importar cuando se haya cometido el hecho, es decir dicha figura operaría hasta con efecto retroactivo; pero, la Resolución Legislativa del 12 de junio año 2003, fecha en el que el Perú se adhiere al instrumento internacional, en su artículo único regula que la Imprescriptibilidad será aplicada en el Perú, para los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la referida Convención, es decir a delitos cometido a partir del 12 de junio del 2003; por lo que no opera una aplicación con efecto retroactivo, respetando los cánones procesales de la aplicación retroactiva que se regula en nuestro país.

2.3.2. La Imprescriptibilidad en la legislación comparada

En el derecho comparado, la institución jurídica de imprescriptibilidad, también ha sido establecida, y así como en nuestro país, para determinar su implementación, en aquellos países que regulan dicha figura, también ha sido objeto de diferentes críticas y posiciones encontradas, respecto a la regulación que alcanza a los delitos de corrupción de funcionarios.

A. Ecuador

En el norte de nuestro continente, la Constitución de la República de Ecuador, en el artículo 233, regula la imprescriptibilidad para determinados delitos de corrupción.

El segundo párrafo del referido artículo señala que “las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones

establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. (León Vidal V. H., 2014)

Dicho cuerpo normativo, en su mismo artículo extiende la imprescriptibilidad a los particulares, es decir, según nuestro ordenamiento, para aquellos sujetos activos que cometen un delito de corrupción, sin tener esa calidad especial de funcionario o servidor público. Dicha medida se regula al establecer que “estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”. (León Vidal V. H., 2014)

B. Bolivia

Por su parte, el ordenamiento jurídico del fronterizo país de Bolivia, en su carta fundamental (Constitución), del año 2009, en el artículo 112 dispone que: Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad. (Loza Ávalos, pág. 10). Es decir, se equipará a lo regulado por nuestro ordenamiento, al establecer que dicha institución alcanza a los delitos de corrupción catalogados como graves; dejando abierta la discusión sobre ¿qué delitos de corrupción se debe considerar grave? Y quien o quienes tienen legitimidad para determinar dicha gravedad, ¿en base a qué criterios?

En el plano legislativo, en Bolivia existe la Ley N° 004, Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas, que modificó el art. 105 del

Código penal boliviano disponiendo que: No procederá la prescripción de la pena, bajo ninguna circunstancia, en delitos de Corrupción; así también modificó el art. 29BIS del Código de Procedimiento Penal estableciendo que: los delitos cometidos por servidoras o servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad” (Loza Ávalos, pág. 10)

C. Colombia

No obstante, en ese mismo afán de lucha contra la corrupción, el ordenamiento jurídico colombiano, establece como mecanismo la inhabilitación constitucional, política y funcional. No siendo ajeno a dicha institución, ya que, a pesar de no mencionar la imprescriptibilidad, en el artículo 122 de la Constitución colombiana, se establece:

No podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”. (León Vidal V. H., 2014, pág. 53)

Como bien se habrá podido notar, tal texto normativo, no limita el poder punitivo del Estado por razones temporales, al establecer que quien haya sido condenado, en cualquier tiempo, le alcanzará determinados efectos. Lo expuesto, nos remota a entender que los delitos que se establece en el mencionado artículo, son los considerados graves para

la legislación colombiana, y que *contrario sensu*, el término en cualquier tiempo, no alcanza a los demás delitos.

D. Puerto Rico

No ajeno a la realidad, el artículo 88 del Código Penal de Puerto Rico establece que la acción penal no prescribe, entre otros, en los delitos de genocidio, crimen de lesa humanidad, asesinato, secuestro de menores, malversación de fondos públicos, y todo delito grave tipificado en dicho cuerpo normativo o en ley especial cometido por un funcionario o empleado público en el desempeño de la función pública (Loza Ávalos, pág. 10)

Es decir, al igual que en Bolivia y en nuestro ordenamiento nacional, a diferencia de los delitos de genocidio, lesa humanidad, falsificación de documentos, secuestro; también deja a la incertidumbre, sobre qué delitos cometido por un funcionario o empleado público en el desempeño de sus funciones, son considerados graves.

2.4. Los delitos de Corrupción y los delitos de genocidio y lesa humanidad

A propósito de la gravedad de las conductas tipificadas como delitos, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves. Entre sus principales fundamentos para catalogarlos con tal magnitud es que estos, “conllevan un abierto y doloso desprecio por la dignidad de la persona humana. Implican actos de singular inhumanidad y gravedad que se ejecutan en el contexto de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil”. (León Vidal V. H., 2014)

La magnitud del fenómeno de la corrupción en el Perú, el impacto que este tiene en los derechos fundamentales de los más pobres y el hecho de que esta constituya una amenaza al desarrollo, la

democracia y a la estabilidad, distorsiona los mercados, frena el crecimiento económico y desalienta la inversión extranjera, erosiona el servicio público y la confianza en los funcionarios; ha generado un fuerte consenso respecto de la necesidad de instaurar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción para impedir que estos actos queden impunes. (León Vidal V. H., 2014)

En ese sentido, lo que se desprende de las opiniones jurídicas mencionadas, es que la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio y de lesa humanidad está fundamentada en la gravedad de los mismos, y que han traído consigo consecuencias devastadoras para la humanidad; la analogía jurídica permite que al identificar y determinar las también consecuencias nefastas que ocasiona la corrupción en nuestro país, es tan grave como los de origen internacional; y en consecuencia también debe operar la imprescriptibilidad para estos delitos, habilitando al Estado a través de su *ius puniendi* a perseguir a los autores (funcionarios o servidores públicos) de por vida. No obstante, debemos precisar que, en el caso de los delitos de lesa humanidad, las conductas o hechos atacan, vulneran y perjudican directamente los derechos fundamentales de la persona; sin embargo, en los delitos de corrupción, el bien jurídico varía de acuerdo a cada delito en específico, en tanto que la vulneración a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona es indirecto y se manifiesta a partir de muchas más circunstancias posteriores.

Dicho esto, para evitar la impunidad de los delitos de corrupción, ¿la imprescriptibilidad es la más idónea? La respuesta corresponderá ser tratada más adelante.

2.5. Sobre la Reforma Constitucional - Penal

Las convenciones internacionales forman parte de las fuentes del derecho de carácter primario, junto con la costumbre y la ley. Estos tratados internacionales son normas jurídicas de carácter

internacional, vinculante y de observancia obligatoria para el o los Estados que los suscriben y están adheridos a ello.

El artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción⁶ dispone que cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su Derecho Interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la Administración de Justicia. La Convención no reconoce, al menos de manera explícita, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, lo que contiene es una recomendación para los Estados partes en el sentido de que establezcan un plazo de prescripción amplio o mayor, esto es, que el plazo de prescripción en estos casos sea superior al previsto para otros delitos. No se hace mención específica y expresa a la imprescriptibilidad. (Loza Ávalos, Los Delitos de Corrupción de Funcionarios, 2014)

Empero, los diversos Proyectos de Ley que se han debatido en el Congreso, no siendo ajeno el que fue aprobado (Ley 30650) en agosto del 2017, han tenido como otro de los fundamentos y justificaciones, la aplicación de normativa internacional, entre las que destaca la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

2.5.1. La duplicidad del plazo prescriptorio como regla especial

El Artículo 41 de la Constitución, en su último párrafo, establece que 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.

⁶ Misma que fue suscrita en los Estados Unidos, el 31 de octubre del 2003

Con respecto al principio de legalidad que señala el último párrafo de la norma constitucional, se menciona que:

La referencia constitucional debió hacerse a la ley y no al principio de legalidad, pues la determinación de establecer en el supuesto de un determinado tipo penal o sus modalidades o sus supuestos agravados requiere de una valoración a partir de la referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y su relevancia (principio de lesividad), al principio de proporcionalidad, al principio de igualdad, entre otros. No es solo señalar un tipo penal y excluir otro, se requiere de una apreciación por parte del legislador tomando en consideración los principios del derecho penal a fin de evitar la arbitrariedad o la sobre criminalización. (Sáenz Torres, 2018)

A decir verdad, se está dejando la delicada actividad de legislar en el juez, un operador jurídico cuya principal función es administrar justicia, aplicando las Leyes dadas por un poder si bien relacionado, pero de diferente actividad, como lo es el legislativo.

Por su parte en el Código Penal se establece que 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. Y en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

En ese sentido, el artículo 41 de la Constitución, así como el artículo 80 del Código Penal, resultan coherentes con el objetivo que plantea la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. En ambas normas se establece la duplicidad del plazo de prescripción, esto es, se dispone un plazo mayor. En la norma constitucional se dispone que

opera en los casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, mientras que en el Código Penal se indica que la duplicidad se aplica en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. (Loza Ávalos)

Pero como ya lo avizoramos, el debate está en la incorporación de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, haciendo hincapié que la Ley señala en los supuestos más graves.

2.6. Teorías generadas

La incorporación de la figura que estamos tratando ha generado, así como opinión social, periodística y política; también en el campo dogmático. Incluso antes de la promulgación de la Ley 30650 ya se planteaban posiciones a favor y en contra de la incorporación de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios, aceptando y rechazando la idoneidad de la medida, en torno a evitar considerablemente la impunidad, respectivamente. Es en este contexto, que en el presente apartado vamos a dar a conocer las posiciones de los diferentes tratadistas del tema, plasmando los fundamentos de cada uno.

2.6.1. Posiciones a favor de la Imprescriptibilidad en los Delitos de Corrupción

El Doctor César Landa Arroyo citado por Pereyra Villar (2017), desarrolla el test o juicio de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de la medida propuesta, concluyendo que la propuesta sobre el establecimiento de imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos resulta proporcional y, en consecuencia, compatible con el marco jurídico-constitucional vigente, al señalar lo siguiente:

En primer lugar, el subprincipio de idoneidad requiere que la reforma constitucional del artículo 41^o de la Constitución

en la que se introducirá la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios, persiga con fin legítimo y que la medida planteada sea idónea para alcanzarla. se debe enfatizar que los niveles de corrupción no solo afectan la dimensión institucional del Estado, sino que el Perú pierde al año unos 3 mil millones de dólares debido a la corrupción. Este dinero pudo haber sido destinado a obras de infraestructura, saneamiento, construcción de hospitales o colegios. Sin embargo, el abuso de los funcionarios que ostentan el poder para tomar decisiones conlleva a pérdidas millonarias que afectan a todos los ciudadanos. (Pereyra Villar, 2017)

A lo mencionado, podemos decir que el autor hace entender que la fundamentación de la imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción, está basada en que tales hechos representan un estancamiento en el pretendido desarrollo de nuestro país, y que genera vastas carencias económicas. Sin embargo, tales carencias, no se solucionan implementando medidas represivas y sancionadoras, como facultades infinitas de investigación al Estado, sino de carácter preventivo como afianzando la institucionalidad, tomando en cuenta que un buen gobierno se rige por los principios de “transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad, participación y la sensibilidad frente a las necesidades y aspiraciones de la ciudadanía” (Defensoría del Pueblo, 2011, pág. 19). Un funcionario que pertenezca al gobierno de turno que se vea involucrado en corrupción, estaría faltando a los principios antes acotados; por lo que, para cada miembro del gobierno, debe operar dichos principios como un catálogo fundamental, al momento de ostentar el poder.

Por su parte el Doctor José Luis Rímac Narro⁷ aprueba dicha medida, y lo justifica en la gravedad e impacto negativo que genera la corrupción, asemejando dicha gravedad con los delitos de genocidio y lesa humanidad, donde si opera la imprescriptibilidad, arguyendo entre otros criterios que:

Argumentar que los delitos de corrupción son delitos de “lesa Estado” sería no reconocer ni valorar las consecuencias y afectaciones reales a los derechos fundamentales más importantes que tienen los individuos a causa de la corrupción, siendo este el fin supremo de toda sociedad por encima del Estado y no contrariamente. (Rímac Narro, 2015)

Precisando además que la medida de la imprescriptibilidad no es una idea tan descabellada, considerando que opera solo para delitos graves de corrupción, excluyendo de esta medida a la baja corrupción.

Por su parte, en un trabajo corporativo, el ex Procurador Adjunto Ad Hoc Ronald Gamarra Herrera⁸, también apoya la medida, en donde citando al Tribunal Constitucional en una de sus Sentencias establece:

La fórmula de la imprescriptibilidad calza perfectamente con los compromisos internacionales asumidos por el Perú para luchar contra la corrupción (particularmente, los que se derivan de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción); responde a la obligación primera y fundamental de lucha contra la coima y el soborno, y al

⁷ Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, adscrito al Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil *Iter Criminis* de la Facultad de Derecho de la PUCP y del Taller de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

⁸ Dirigió las investigaciones sobre corrupción y violaciones a los derechos humanos ocurridos en el Perú durante la dictadura de Fujimori

deber de la persecución especial del delito constitucionalizado de corrupción; y, es una medida compatible con la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución; por cierto, también empata con el principio de no impunidad de los actos de corrupción” (Gamarra Herrera & Pérez Castañeda)

Es de la misma posición Lilia Ramírez⁹ manifestando por su parte:

A la par de la adopción de otro tipo de medidas de fortalecimiento institucional, se debe implementar esta posición normativa a aquellos delitos más graves (dimensión objetiva), y a las autoridades de más alto rango (dimensión subjetiva). Ésa sería una medida que tendría como finalidad proteger un bien jurídico constitucional. Sería útil, en tanto serviría como elemento de disuasión para graves actos de corrupción; y razonable, en tanto solo se quiere aplicar a graves causas de corrupción, en aquellos casos en los que el acto corrupto ha producido el desvío de graves sumas de dinero o que ha acarreado la violación masiva de derechos sociales de población vulnerable” (Ramírez)

Sin embargo, no revierte ningún argumento en el cual se considere como una medida necesaria e idónea, y de tan trascendencia como para evitar la impunidad en nuestro país; adicionando que en ningún caso consiste una reforma que signifique o represente el fortalecimiento institucional, más aún si se acepta que es una medida disuasiva.

2.6.2. Posiciones en contra de la Imprescriptibilidad en los Delitos de Corrupción

⁹ Abogada del Instituto de Defensa Legal (Justicia Viva)

Esta implementación y reforma, ha traído en su mayoría opiniones muy diferentes a las ya mencionadas, mismas que atacan en sana crítica, y típico de un Estado de Derecho, hacia la reforma del artículo 41 de la Constitución Política del Perú, en este subcapítulo, daremos a conocer algunas opiniones de diversos profesionales del Derecho, mismas que si bien no cierran el tema de debate, pero que basadas en una buena fundamentación, nos acercan a demostrar, que la implementación de dicha figura en el Derecho Penal contra la Administración Pública, conviene en inidónea.

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 siguiente: 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-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, reputamos como 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. (Pereyra Villar, 2017)

Es decir, que la duplicidad del plazo prescriptorio para los Delitos considerados graves, tal como lo señala el artículo 80 del Código Penal, párrafo *in fine*, es una medida adecuada que ya se encuentra implementada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo innecesaria adicionar la figura de Imprescriptibilidad en Delitos de Corrupción, ya que con tal figura no se garantiza evitar la impunidad de los delitos cometidos; sino por el contrario, genera incertidumbre jurídica, que se va estar manifestada a la largo del tiempo de manera indeterminada e infinita.

Por su parte, otro tratadista, ha considerado lo siguiente:

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción no es necesaria para la lucha contra la impunidad. Dicho autor refiere que establecer dicha imprescriptibilidad supondría equiparar los delitos de corrupción con los de lesa humanidad, siendo que la gravedad del daño y relevancia de los bienes jurídicos protegidos con los tipos penales son distintos, por lo que excluir de dicha regla de

imprescriptibilidad a otros delitos de singular gravedad como los de violación de la libertad sexual, podría conllevar a una decisión arbitraria en la adopción de la política criminal, al señalar lo siguiente: La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad está legitimada, por la gravedad de tales crímenes y porque existe en la conciencia de la humanidad que estos crímenes deben sancionarse sin límites temporales. Sin embargo, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción no está plenamente legitimada. Ni en la Convención Interamericana contra la Corrupción, ni en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establece la imprescriptibilidad como una medida legítima de la lucha contra la corrupción. No existe pues consenso internacional, se ha dejado más bien a cada Estado la decisión de ampliar los plazos de prescripción de acuerdo con su legislación y sus particulares circunstancias. Esto se hace explicable si se repara en el hecho de que los delitos de asesinato, violación sexual de menores con muerte de la víctima, secuestro de menores de edad, terrorismo y otros tantos revisten mayor gravedad. Luego, querer legitimar la imprescriptibilidad en el caso de la corrupción y no exigir lo mismo para los demás delitos deja ver un cuestionable criterio y una selectiva y arbitraria orientación político criminal. (Pereyra Villar, 2017)

Por su parte para la Abogada Giulliana Loza, destacada por sus labores de defensa jurídico penal, a políticos ya conocidos; considera respecto a la implementación de la imprescriptibilidad en los delitos de Corrupción, lo siguiente:

Constituiría una medida peligrosa, que puede luego desencadenar igual exigencia frente a otros delitos, extendiéndose peligrosamente. La imprescriptibilidad representa una manifestación de endurecimiento del derecho penal, pero a la vez puede constituir, para el caso de delitos de corrupción, una herramienta útil a intereses

políticos, que muchas veces podría ser mal empleada; tendiendo a que, de ser imprescriptibles tales delitos, se mantendría *ad infinitum* la persecución penal contra quienes se considera sospechosos de la comisión de tales ilícitos penales. (Loza Ávalos, 2014)

En la misma medida establece el Doctor Vladimir León Vidal, concluyendo en su trabajo académico que:

Ninguno de los proyectos de ley que plantean la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción presentados en el Congreso de la República, tienen información empírica al respecto. En tal medida, no existe información verificable que nos permita afirmar que uno de los principales obstáculos para la investigación y sanción de los delitos de corrupción es la prescripción de la acción penal de los mismos. Los hallazgos de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción en los distritos judiciales Del Santa y de Huaraz centran la problemática en otros factores. En efecto, en estos distritos judiciales se ha identificado que casi el 80 % de las investigaciones relacionadas con delitos de corrupción se archivan debido a: debilidad institucional (pocas fiscalías, procuradurías sin recursos suficientes e inexistencia de juzgados especializados), falta de pruebas para acreditar los hechos imputados (insuficiencia de peritos, escasez de recursos), problemas de coordinación entre las instituciones encargadas de prevenir, investigar y juzgar la corrupción y dificultades derivadas del proceso de implementación del nuevo Código Procesal Penal. (León Vidal V. H., 2014)

El Profesor de la PUCP, Roberto Pereira Chumbe, también manifiesta su opinión, considerando:

En general, los delitos más graves contra la administración pública tienen penas altas en el Código Penal y además existe una regla de duplicación del plazo de prescripción en la Constitución y en el Código Penal, para los delitos

que afectan el patrimonio del Estado. Por ende, existe un marco temporal bastante razonable para perseguir estos delitos. Si se requieren mayores plazos de persecución para determinados delitos, una posibilidad es extender su marco temporal, incluso para delitos que no atentan contra el patrimonio del Estado, pero que afectan gravemente otros ámbitos de la buena marcha de la administración pública. así también menciona que, Las propuestas de imprescriptibilidad no muestran cifras o datos empíricos sobre la existencia de un serio problema de falta de persecución y sanción porque prescriban los delitos de corrupción. No nos dicen cuántos delitos son, de qué delitos se trata, qué ámbitos de la administración pública afectan, cuánto de perjuicio patrimonial generan al Estado. El caso García se suele invocar como ejemplo, pero se trata de un solo caso que en buena medida se explica por las especiales circunstancias políticas de la época. En todo caso, siempre es posible regular causales de suspensión del plazo de prescripción. (Pereira Chumbe, 2011)

Así también, Fernández Muñoz, menciona que si bien, en la reforma se ha indicado que es imprescriptible en los supuestos más graves conforme al principio de legalidad. Sin embargo, dichas líneas, además de amenazar la seguridad jurídica, resultan ser contrarias precisamente al principio de legalidad, ya que no señala cuáles son estos supuestos más graves. Como se sabe, el principio de legalidad representa una de las máximas garantías que el Derecho Penal nos brinda y, siendo ello así, todos nosotros debemos saber qué conductas son delictivas, y qué sanción merecen, mucho antes de que se cometan. La invitación que esta norma constitucional hace al juzgador para evaluar cada caso y juzgarlo como grave o no, nos expone a un proceso penal parcializado, ya que no existe fundamento objetivo que califique qué conducta se puede considerar grave. (Fernández Muñoz, s.f.)

2.7. La Imprescriptibilidad y el Derecho Penal del Enemigo

El derecho penal y la doctrina propiamente dicha, a lo largo de la historia ha ido evolucionando, apareciendo así características particulares que generan aparentemente específicas ramas que diferencian del derecho penal general, como es el caso del llamado derecho penal del enemigo; concepto doctrinal y político criminal que fue introducido, iniciado y fundamentado por Günter Jakobs en el año 1985, siendo que en el 2001 a partir del desastre y ataque terrorista que tuvo como víctima las torres gemelas estadounidenses, Jakobs afianzó dicha doctrina penal.

Esta corriente, entre los principales fundamentos y alcances que nos hace conocer el profesor Jakobs, citado por Luis Gracia Martín, manifiesta que:

El derecho penal del enemigo se trata de combatir a individuos que, en su actitud, se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho, es decir, que no ofrece la garantía cognitiva mínima que sería necesaria para su tratamiento como personas. Pues un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía, no puede participar de los beneficios del concepto de persona. (Gracia Martín, 2005, pág. 02:22).

Al respecto, el mismo Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, Doctor Luis Gracia Martín establece:

La experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como enemigos a los disidentes y a los discrepantes, y cómo aquellos dictan leyes nominalmente penales, sin contenido alguno de justicia, establecen más bien dispositivos y mecanismos de guerra contra los etiquetados como enemigos. (Gracia Martín, 2005, pág. 02:2)

En ese orden de ideas, se determina que en los estados denominados como totalitarios, en donde se impone la fuerza o se niega la calidad de persona, no reconociéndolo como tal, sino etiquetando y estigmatizando como no personas o enemigos; no puede reconocerse a ningún estado de derecho, mismo que se caracteriza por el reconocimiento del estatus de persona y su respeto a la dignidad humana. Es así que el debate sobre un derecho penal del enemigo, solamente puede plantearse y tiene sentido en relación con el derecho de sociedades democráticas; ya que en un estado totalitario, no se acepta ninguna discusión sobre el derecho penal del enemigo, toda vez que este está basado en el enfrentamiento con aquellos considerados como no individuos, que se han apartado del derecho y desconocen las reglas, siendo su único fin eliminarlos o adjudicarse el derecho de guerra, que significa que al enemigo vencido corresponde matarlo.

La aplicación del derecho penal del enemigo, se manifiesta de tal manera que, en este, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que a través del uso del *ius puniendi*, que se atribuye, combate a sus enemigos, apartándolos de la sociedad, eliminándolos, y por consiguiente combate peligros, es por ello, en el derecho penal del enemigo, la pena se dirige a su aseguramiento frente a hechos futuros, eliminando la fuente de peligro, mas no a la sanción de hechos cometidos. (Gracia Martín, 2005, pág. 02:9)

En nuestra sociedad moderna, si bien no se evidencia literalmente una estigmatización de enemigo, en donde se combata directamente a las llamadas no personas, como se combate en una guerra; existen ahora diferentes manifestaciones del derecho penal del enemigo, tales como intentar penalizar, a través de emisión de leyes, de actos preparatorios, considerando como amenaza para hechos futuros (falta de seguridad cognitiva), criminalizando por ejemplo la apología al terrorismo, o una leve colaboración con bandas y organizaciones

terroristas. Otra de las claras manifestaciones de esta corriente del derecho penal de origen alemana, es la desproporcionalidad de las penas.

Así también, y lo que nos ocupa en el presente trabajo el Doctor Gracia Martín, reconoce dos expresiones más del actualmente denominado derecho penal del enemigo:

Para el caso alemán, Jakobs ve también una manifestación típica del derecho penal del enemigo en el hecho de que numerosas leyes penales alemanas de los últimos años se autodenominen abierta y precisamente como leyes de lucha o de combate, lo que representaría según él, un paso de la legislación penal a una legislación de combate. Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del derecho penal de enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se prescinde del – o se reinterpreta restrictivamente el – principio *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie está obligado a declarar contra sí mismo), o, por citar solo un exponente más, **se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de fines investigadores**, así como los de prisión preventiva. (Gracia Martín, 2005, pág. 02:11) (resaltado es nuestro).

En tal contexto, lo dicho líneas atrás, aplicado al tema que nos ocupa, la Reforma Constitucional del año 2017 que regula la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción de Funcionarios, tiene como una de sus fundamentaciones principales que el Estado a través de *ius puniendi* que posee, hace eterno el seguimiento de los delitos

cometidos por funcionarios del Estado, siendo en tal sentido un fin investigador, permitiendo al Ministerio Público, como el sujeto y órgano titular de la investigación, que puede iniciar en cualquier momento un requerimiento en contra de los supuestos imputados por delitos de corrupción. Es decir, así como lo manifiesta el Doctor Gracia Martín, que un exponente del derecho penal del enemigo es la ampliación de los plazos de detención policial, para el cumplimiento de fines investigadores; también y con mayor argumento lo es la implementación de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios; restringiendo en tal sentido garantías y derechos procesales de carácter fundamental como la presunción de inocencia, la seguridad jurídica, entre otros.

En efecto, se considera que el discurso del derecho penal del enemigo, conduce a un callejón sin salida, ya que si los concretos enemigos y no – personas tendrían que estar ya identificados como tales también antes de la aplicación del derecho penal del enemigo en cada caso, pues de lo contrario no habría modo de saber si el mismo se aplica realmente a un enemigo o a un ciudadano; a una persona o a una no – persona. (Gracia Martín, 2005, págs. 02:28-02:29). En contraste con nuestro tema materia de desarrollo, en los delitos de corrupción de funcionarios, los imputados son sujetos activos que revierten una característica especial, que los diferencia de otros sujetos comunes, que es la calidad de servidor o funcionario público, y en muchas veces elegidos a través de una elección popular; es decir, para el derecho penal del enemigo, las no – personas al estar ya identificados, en este caso serían todos los funcionarios o servidores públicos que ejercen funciones a favor del Estado, dentro de ellos nuestras autoridades políticas; para los cuales inequívocamente se debe aplicar la imprescriptibilidad de sus conductas determinadas como delitos; fundamento que en mi opinión revierte de grave vulneración a principio y derechos fundamentales como la presunción de inocencia.

Nuestro país está caracterizado por pertenecer o ser parte de un Estado de derecho, en donde según nuestra Constitución Política en su primer artículo establece que, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; en ese sentido, no podríamos hablar de un Estado de Derecho sin el concepto y pleno reconocimiento de la dignidad humana. Muñoz conde, citado por Gracia Martín, establece que en “un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano nadie puede ser nunca definido como no persona” (Gracia Martín, 2005, pág. 02:31). Y en el mismo sentido, concluye el Doctor Gracia Martín, que “el derecho penal democrático y del Estado de derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso” (Gracia Martín, 2005, pág. 02:42).

2.8. La Imprescriptibilidad y el Principio de Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica debe ser entendida como un principio jurídico base y general, de todo nuestro ordenamiento legal, así como lo es en el derecho penal la presunción de inocencia, o el principio de *pacta sunt servanda* en el derecho civil; dicha directriz, es propia y consustancial a todo denominado Estado de Derecho, ya que en un Estado autocrático y totalitario, como pasa con el derecho penal del enemigo, es insostenible el mantenimiento y la garantía del principio de seguridad jurídica; entendida y basada en la certeza del derecho, la estabilidad de las instituciones, y la vigencia auténtica de la Ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz ante desconocimientos y transgresiones. (De Pomar Shirota, pág. 132)

La seguridad jurídica como principio, también reconoce que las instituciones jurídicas, así como las relaciones jurídicas implementadas en un ordenamiento, mismas que ya han encontrado una base de regulación normativa, ha sido consumados y son reconocidas por el derecho y sus operadores; no se mantengan en un

estado precario; sino dar pleno conocimiento a los ciudadanos que tales instituciones existen y se mantendrán, sin permitir la emisión de leyes arbitrarias, que menoscaben su real funcionamiento.

En tal sentido, es consecuente manifestar que la prescripción es una institución jurídica que nuestro ordenamiento nacional reconoce y da plena vigencia, siendo tal institución una expresión clara de seguridad jurídica, y, por lo tanto, pretender desconocerla, a través de implementación de medidas como la imprescriptibilidad, acarrea una grave amenaza y vulneración a dicho principio, y más aún si se considera que dicha medida es innecesaria, como se ha advertido anteriormente.

2.9. Aplicación de la fórmula del peso

El profesor alemán Robert Alexy, nos da una pauta para resolver antinomias o incompatibilidades entre derechos, principios, o leyes que regulan un mismo supuesto de hecho porque existe discordancia entre sí, este instrumento es la Fórmula del Peso, que creemos conveniente desarrollar en este acápite para efectos didácticos, respecto a la implementación de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios; tomando en consideración dos supuestos jurídicos: el correcto funcionamiento de la administración pública y la seguridad jurídica.

La fórmula es la siguiente: el peso del principio (P_i), en relación con el peso del principio (P_j), en las circunstancias del caso concreto, (imprescriptibilidad de corrupción de funcionarios) resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio en concreto (IP_iC), su peso abstracto (GP_iA) y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación de otro principio (P_j) en concreto (WP_jC), su peso abstracto (GP_jA) y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Para tal sentido, Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir valor numérico, de acuerdo con los 3 grados de la escala triádica, de

la siguiente manera: Leve: 1, Medio: 2; e, Intenso: 4. En cambio a las variables relativas a la seguridad de las premisas empíricas se les puede atribuir los siguientes valores: Seguro: 1, Posible: $\frac{1}{2}$; y, No evidentemente falso: $\frac{1}{4}$. (Atienza, 1996, págs. 6-30)

En aplicación al caso en concreto, es decir a la reforma de implementación de imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción de Funcionarios, se tiene:

En cuanto al peso del correcto funcionamiento de la administración pública se tiene: la afectación en concreto del correcto funcionamiento de la administración pública, es medio: 2. El peso abstracto, intenso: 4. La certeza de la premisa empírica, es posible que los delitos de corrupción de funcionarios queden impunes: $\frac{1}{2}$.

Paralelamente, la afectación satisfacción de la seguridad jurídica, con la imprescriptibilidad es intensa: 4. El peso en abstracto, es intenso: 4. La certeza de la premisa empírica, seguro que la imprescriptibilidad desconoce la prescripción y por lo tanto vulnera la seguridad jurídica: 1

Al realizar la operación tenemos:

2.9.1. Respecto al correcto funcionamiento de la administración pública

$$C_{Pi}, jC = \frac{2 \times 4 \times \frac{1}{2}}{4 \times 4 \times 1}$$

Peso de: Correcto funcionamiento de la administración pública: 0.25

2.9.2. Respecto a la seguridad jurídica

$$C_{Pi}, jC = \frac{2 \times 4 \times \frac{1}{2}}{4 \times 4 \times 1}$$

Peso de: Seguridad Jurídica: 4

En tal sentido, la satisfacción del Correcto Funcionamiento de la Administración Pública (0.25), no justifica la intervención en la Seguridad Jurídica (4). En consecuencia, la Seguridad Jurídica tendría que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios no es razonable, en tanto desproporcional.

CAPÍTULO III

3. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

De lo previsto en el capítulo anterior, es preciso advertir que no pretendemos abarcar todo el tema, sino muy por el contrario consideramos que el debate está abierto al análisis de la idoneidad o no de la medida. Sin embargo, como lo advertimos al inicio, nuestro objetivo es determinar la carencia o falta de idoneidad de la reforma implementada en el año 2017, teniendo en cuenta los factores esgrimidos por la doctrina y las normas tanto de carácter nacional como internacional.

La corrupción, como se ha mencionado es hoy en día un símbolo de atraso y subdesarrollo de nuestro país, es un flagelo, causa considerables pérdidas económicas al país, desprestigia la institucionalidad de los órganos del Estado, entre otros resultados negativos; sus lamentables y nefastas consecuencias son innegables, pues disminuye la posibilidad de crecimiento económico, como también genera desánimo y desconfianza en nuestros representantes estatales. Pero la ardua labor que nos espera, no radica principalmente en traer consigo penas, sanciones o medidas arbitrarias que a la postre generan inseguridad jurídica, vuelcan y pongan en amenaza nuestro ordenamiento jurídico, mismos que representan símbolo, no más que de un derecho penal del enemigo, que según manifestaciones y opiniones de los maestros al respecto, se ha concluido que no es más que insignias de inconstitucionalidad y vulneración de derechos humanos, corriente moderna y afianzada que vivimos hoy en día y que es un reto a seguir, en aras del muchas veces mencionado y anhelado, Estado Constitucional de Derecho.

3.1. Inidoneidad de la medida y el derecho de presunción de inocencia.

Sin salir de lo que nos ocupa en el presente trabajo, en líneas anteriores nos planteamos una pregunta que ahora es preciso responder: ¿Es idónea la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios, en pro de querer combatir la impunidad?, en nuestra modesta opinión, consideramos que no. Ya que, como se han manifestado en opiniones descritas, convertir el ius puniendi del Estado en infinito o eterno, en poco o nada va a

garantizar que tales delitos terminen de quedar impunes, por otras circunstancias, que revierten una amenaza mayor; toda vez que el transcurso del tiempo después de la comisión de un delito de corrupción considerado grave, va a traer consigo la ineficacia en la actuación por parte de los operadores del derecho y encargados de evitar dicha impunidad; porque la operatividad de los órganos de justicia, después de transcurrido un tiempo, con el ánimo de querer condenar a un supuesto autor de la comisión de un delito de corrupción considerado grave, va a traer problemas procesales muy serios, que vulneran principios procesales constitucionales que representan garantía en un proceso penal, como la presunción de inocencia.

El derecho de presunción de inocencia, es reconocido en el artículo 2, inciso 24 de la Constitución Política del Estado, mismo que establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; a lo referido el Tribunal Constitucional, en una de sus Sentencias emitidas, como parte del EXP. N.º 01768-2009-PA/TC, determina que “el fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana, como en el principio pro hómine.” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2010), entendido este último como la aplicación de la norma o de su interpretación más favorable a la persona.

3.2. Test de proporcionalidad.

3.2.1. Idoneidad

De allí que podemos decir que si bien, con la medida implementada es intención del legislador evitar que muchos actos de corrupción considerados graves queden impunes, y por lo tanto aplicarles todo el peso de la ley a los funcionarios corruptos sin límites ni barreras, siendo constitucionalmente legítimo; sin embargo, con la imprescriptibilidad no se logra el fin buscado, porque con el avance del tiempo también otorga oportunidad al corrupto a desaparecer medios

probatorios, obstaculizar una futura investigación, etc.; en tal sentido al no cumplir tales exigencias, la medida no es idónea.

Entre los serios problemas procesales tenemos que los medios probatorios que en un inicio pudieron estar muy claros, así como suficientes, pertinentes, idóneos y necesarios para condenar a un funcionario o servidor público por la comisión de un delito de corrupción considerado grave, con el transcurso del tiempo irían deteriorándose o hasta desapareciendo, tornándose la investigación y en general todo el proceso, en incierto, inseguro y al final hasta en impune, no solucionando la imprescriptibilidad de tales delitos el problema de la impunidad. De tal manera que los testigos que se podría recabar en su momento con el pazo de 20 o 30 años pueden morir, la información desaparecer entre otros muchos aspectos.

3.2.2. Necesidad

Dichas incertidumbres e inseguridades que generaría tal medida con el avance del tiempo, circunscriben el otro problema presentado, a consecuencia del primero, que es la vulneración de derechos y principios fundamentales; toda vez que se estaría pretendiendo condenar a supuestos imputados sin pruebas fehacientes, con insuficiencia probatoria, es decir con la inexistencia de material probatorio, o a través de una duda razonable, en donde existen pruebas de ambas partes, sin embargo no demuestran la culpabilidad del acusado, prevaleciendo de tal manera, en ambos supuestos la presunción de inocencia como regla probatoria. En tal sentido, perseguir a un supuesto acusado de cometer un delito de corrupción, vulnera el derecho de presunción de inocencia, máxime si se tendría en cuenta que tales sujetos estarían siendo perseguidos por la justicia a lo largo del tiempo, pero solo teniendo la calidad de sospechosos, misma que revierte una grave afectación y amenaza a la dignidad de la persona humana que, en nuestro Estado Constitucional de Derecho, pretendemos defender. Por lo tanto, simboliza a su vez una gran afectación a la seguridad jurídica, porque genera incertidumbre a los

ciudadanos, y el derecho como la justicia no se puede encaminar en la incertidumbre; sino en la garantía y el respeto por los derechos fundamentales. En tanto que la medida implementada no es la menos gravosa, muy por el contrario, afecta seriamente a un bloque de derechos fundamentales; por lo que deviene en innecesaria, ya que existen los plazos prescriptorios ordinarios y extraordinarios.

3.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Ahora bien, respecto a la ponderación, manifestamos lo siguiente: con la imprescriptibilidad, se pretende evitar la impunidad de los delitos que transgreden el correcto funcionamiento de la actuación pública, sin embargo, tal medida, vulnera derechos fundamentales como la presunción de inocencia, y el principio de seguridad jurídica; en tanto, es inevitable reconocer que con la imprescriptibilidad de delitos de corrupción de funcionarios, cuanto mayor sea la afectación del correcto funcionamiento de la actuación pública, mucho mayor es la satisfacción del derecho a la presunción de inocencia y del principio de seguridad jurídica, recayendo tal medida en irrazonable.

3.3. Principio de legalidad, necesidad y razonabilidad de la prescripción

Por su parte, los argumentos que apoyan la implementación de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios, así como los fundamentos de los proyectos de leyes que anteriormente se han debatido, tienen como principal fundamento, la gravedad y nefasta consecuencia que genera la corrupción, no aclarando el por qué la medida sería crucial y necesaria en la constante y fuerte lucha contra la corrupción que se vive hoy en día. Los datos alarmantes y escandalosos están ahí, nos generan gran preocupación y desconcierto, pero consideramos que eliminar las limitaciones temporales a la actuación del Ministerio Público y demás órganos de justicia, convirtiéndolo en infinito, no es la medida necesaria ni idónea para combatir y evitar la impunidad de la corrupción; ya que el imputado, no tiene por qué pagar las desidias de los Órganos de justicia estatales. Sino por el contrario, creemos se debe poner mayor

énfasis y atención en mejorar y afianzar la institucionalidad, así como también garantizar el verdadero funcionamiento de los principios de un buen gobierno, actuando este en base a responsabilidad, rendición de cuentas, transparencia, participación y sensibilidad ante las necesidades de la ciudadanía, expuestos líneas anteriores.

Así también, la modificatoria constitucional al artículo 41, genera mucha incertidumbre, al señalar específicamente el presupuesto de aplicación de la imprescriptibilidad en los delitos de corrupción considerado graves: toda vez que deja abierto - *numerus apertus* –, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que establecen en qué tipo de delitos operaría tal figura, la consideración y más aún el debate sobre qué delito de corrupción se considera grave; si bien se refiere en base al principio de legalidad, tal decisión no solo faculta al juzgador determinar la calificación del delito y su presupuesto agravante, sino también al Ministerio Público mismo que se va dedicar a investigar los hechos ocurridos muchos años atrás; actuando ambos en tal sentido que en base a fundamentos subjetivos (en su mayoría inmotivados) decidan sobre si un delito de corrupción es considerado grave o no, para determinar su imprescriptibilidad, originando una importante vulneración al mismo principio de legalidad.

Por su parte la prescripción como una figura muy bien arraigada en nuestro ordenamiento jurídico, representa garantía y razonabilidad, así como manifestación del principio de seguridad jurídica; ya que no permite juzgar después de tantos años de cometido el delito y subsanar la negligencia institucional de justicia; en tanto, representa garantía para el principio de seguridad jurídica, y a su vez es racional respecto a su aplicación especial (duplicidad del plazo) de que si los delitos de corrupción implican mayor tiempo para su investigación, pues en tales casos se duplica el plazo de prescripción, dando mayor oportunidad al Ministerio Público para iniciar investigación preparatoria, respetando de tal manera lo sugerido por los instrumentos internacionales a los que el Perú es parte, donde se menciona que el ordenamiento jurídico de cada Estado, debe regular sus plazos

prescriptorios en base a la necesidad de la investigación y los casos complejos que se presente.

3.4. Comparación con los delitos de Derecho Internacional

Con respecto a la equiparidad con los delitos de lesa humanidad, se debe precisar que, estos se han generado en una época devastadora para todo el mundo, como ocurrió con la Segunda Guerra Mundial, y su necesidad de condena de los mismos, representó un gran avance en el derecho internacional como nacional. Así, no se puede equiparar una ataque generalizado y sistemático (armado, intencionado, preparado) contra una población civil que esta indefensa, en donde se está desapareciendo no solo vidas humanas, sino una cultura y nación; con una mala destinación de los caudales del estado destinados a realizar obras determinadas. Toda vez que, en los primeros, se está vulnerando directamente los derechos fundamentales de la persona como la vida, integridad personal, libertad personal, igualdad, salud, entre otros; y en los delitos de corrupción de funcionarios se vulnera entre otros, la probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público; así también, 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; y sobre todo, el correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública). (Montoya Vivanco, 2015, pág. 35)

Dicho en otras palabras, los crímenes de lesa humanidad como la tortura, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, y la esterilización forzada, esclavitud, deportación o traslado forzoso de la población, etc. Genera de manera directa una considerable vulneración a la persona humana, así como a su comunidad; diferente a que 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, 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, misma que revierte diferente tratamiento, si bien no menos importante, pero que consideramos se debe contrarrestar a través de medidas preventivas, más que represivas o sancionadoras, como es la imprescriptibilidad, respetando los principios y derechos procesales y las instituciones reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que con dicha medida se pretende desconocer a la prescripción como institución jurídica, en los delitos cometidos por funcionarios públicos considerados graves, quebrantando no solo a tal institución, sino al principio de seguridad jurídica, que como se manifestó en líneas precedentes, es una manifestación de dicho principio.

En tal sentido, conviene concluir que la imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos, no reúne los requisitos, ni presenta fundamentos de idoneidad en ánimos de pretender evitar la impunidad de los mismos, y mucho menos de querer combatir la corrupción, por lo que se debe poner mayor énfasis en la institucionalidad de los órganos del Estado, en los principios de un buen gobierno, mas no en ambicionar implementar reformas de cualquier índole para satisfacer votos populares o reconocimientos sociales simbólicos; ya que las reformas que trascienden en el tiempo no son fruto de una coyuntura, sino del respeto y la garantía de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

1. La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios, como uno de los principales fundamentos y mecanismo para evitar la impunidad y combatir la corrupción, es inidónea, y en tanto desproporcional.
2. La reforma constitucional al artículo 41, sobre la implementación de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, vulnera el principio de seguridad jurídica.
3. Es desproporcional el grado de gravedad de los delitos de corrupción de funcionarios con los delitos de lesa humanidad, como fundamento esencial para justificar su imprescriptibilidad.
4. La prescripción es una figura que representa razonabilidad y necesidad, en pro de garantizar los principios básicos del derecho penal.
5. Es ineficaz e intrascendente la reforma constitucional de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios, como símbolo de la lucha contra la corrupción en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. (3,4 y 5 de octubre de 1996). *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*. Obtenido de Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-lmites-de-la-interpretacin-constitucional-de-nuevo-sobre-los-casos-trgicos-0/>
- De Pomar Shirota, J. M. (s.f.). *Seguridad Jurídica y Régimen Constitucional*. Instituto Peruano de Derecho Tributario.
- Defensoría del Pueblo. (2011). *Iniciativas Anticorrupción desarrolladas por el Estado Peruano en el Período 2001-2010*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Diálogo con la Jurisprudencia. (s.f.). *Los Delitos contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Dignidad y Democracia Grupo Parlamentario. (14 de enero de 2015). <http://idehpucp.pucp.edu.pe>. Obtenido de <http://idehpucp.pucp.edu.pe>.
- El Peruano*. (21 de Agosto de 2017). Obtenido de El Peruano: <https://elperuano.pe/noticia-imprescriptibilidad-de-corrupcion-58641.aspx>
- Fernández Muñoz, K. S. (s.f.). *Gaceta Constitucional*. Obtenido de Gaceta Constitucional: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/index.php/Services/reforma-constitucional-la-imprescriptibilidad-de-los-delitos-cometidos-por-funcionarios-publicos/>
- Frisancho Aparicio, M. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: FECAT E.I.R.L.
- Gamarra Herrera, R., & Pérez Castañeda, J. (s.f.). La Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción. *La Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción*. Lima. Obtenido de file:///D:/Documentos/Descargas/La_imprescriptibilidad-Ronald-Gamarra.pdf
- Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del Enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02:1-02:43.
- León Vidal, V. H. (2014). Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción. *Gaceta Jurídica*, 50-55.
- León Vidal, V., Benavente Chorres, H., & Calderón Valverde, L. (2015). *El Funcionario Público Las Sanciones Penales en los Delitos de Corrupción*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

- Loza Ávalos, G. (2014). Los Delitos de Corrupción de Funcionarios. *Gaceta Jurídica*, 54-59.
- Loza Ávalos, G. (s.f.). La Propuesta Legislativa de Imprescriptibilidad de los Delitos e Corrupción de Funcionarios. *La Propuesta Legislativa de Imprescriptibilidad de los Delitos e Corrupción de Funcionarios*. Lima, Perú: IJ Editores Perú. Obtenido de file:///D:/Documentos/Descargas/ImprescriptibilidadDelitosCorrupcion.pdf
- Montoya Vivanco, Y. (2015). Manual sobre Delitos Contra la Corrupción Pública. *IDEHPUCP*, 4-76.
- Pereira Chumbe, R. (25 de setiembre de 2011). *El Cristal Roto Análisis Económico del Derecho*, Universidad del Pacífico. Obtenido de El Cristal Roto Análisis Económico del Derecho, Universidad del Pacífico: <https://blogcristalroto.wordpress.com/2011/09/25/%C2%BFes-necesaria-la-imprescriptibilidad-para-combatir-la-corrupcion/>
- Pereyra Villar, T. (21 de agosto de 2017). *Legis.pe*. Obtenido de Legis.pe: <https://legis.pe/opiniones-ley-imprescriptibilidad-delitos-corrupcion/>
- Ramírez, L. (s.f.). Lucha contra la corrupción: Imprescriptibilidad para hacer la diferencia. *IDEELE*.
- Rímac Narro, J. (noviembre de 2015). Comentarios sobre la Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción de Funcionarios. *Proyecto Anticorrupción*. Lima, Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP. Recuperado el 02 de FEBRERO de 2019, de <http://idehpucp.pucp.edu.pe>: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/12/Comentario2.pdf>
- Sáenz Torres, A. D. (2018). La Prohibición de la Prescripción o la Imprescriptibilidad como Reforma Penal Constitucional. *Vox Juris*, 147-161.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 01768-2009-PA/TC (Tribunal Constitucional 02 de junio de 2010).
- VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. (16 de noviembre de 2010). www.pj.gob.pe. Obtenido de www.pj.gob.pe: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ddb68b00451695cebbbfbb279eb5db9a/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%BA+01-2010CJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ddb68b00451695cebbbfbb279eb5db9a>
- Villegas Paiva, E. A. (2016). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.