

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 109-136

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.696

Los delitos de corrupción pública más graves: una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú

Most serious public corruption crimes: A review of
Section 41 of the Peruvian Constitution

Os crimes mais graves de corrupção pública: uma
revisão do artigo 41 da Constituição Política do Peru



RONALD VÍLCHEZ CHINCHAYÁN

Universidad de Piura

(Piura, Perú)

Contacto: ronald.vilchez@udep.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9468-6669>

RESUMEN

El trabajo revisa una medida de política criminal para luchar contra la corrupción pública: la imprescriptibilidad para los delitos contra la Administración pública más graves. El autor concentra la atención en el análisis del funcionamiento de esa medida, así como en los inconvenientes y los problemas que suscita su puesta en marcha tanto desde un aspecto doctrinal como de ejecución.

Propone, finalmente, una salida para hacer posible la ejecución de dicho precepto constitucional.

Palabras clave: imprescriptibilidad; prisión; Administración pública; corrupción; política criminal.

Términos de indización: prisión; Administración pública; corrupción; prevención del crimen (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This paper analyzes a criminal policy measure to fight against public corruption: non-applicability of the statute of limitations to the most serious crimes against Public Administration. The author focuses on the analysis of the use of this measure, as well as the disadvantages and problems that its implementation raises from both scholar doctrine and enforcement perspectives. Finally, the author makes an alternative proposal for the implementation of said constitutional provision.

Key words: non-applicability of the statute of limitations; prison; Public Administration; corruption; criminal policy.

Indexing terms: prisons; public administration; corruption; crime prevention (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O documento analisa medidas de política criminal para lutar contra a corrupção pública: a imprescritibilidade para os crimes contra a administração pública mais graves. O autor centra-se na análise do funcionamento desta medida, bem como nos inconvenientes e problemas associados à sua aplicação, tanto desde o aspecto doutrinal como de execução. Por último, propõe-se uma saída para permitir a execução deste precepto constitucional.

Palavras-chave: imprescritibilidade; prisão; Administração pública; corrupção; política criminal.

Termos de indexação: prisão; Administração pública; corrupção; prevenção do crime (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 15/02/2023

Revisado: 19/04/2023

Aceptado: 19/04/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Leyla luon Vilchez Guiuar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)

lvilchez@contraloria.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaengt@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

1. INTRODUCCIÓN

Corren tiempos —más, si caben— convulsos en nuestro país. La preocupación sobre la corrupción pública (Shack, Pérez y Portugal, 2020, p. 52)¹, que es uno de los principales problemas actualmente (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2022, p. 2), ha tomado por completo la atención ya no solo de los abogados —o, en general, del sistema legal— y empresarios, sino también de la población; ha generado una gran expectativa sobre el derecho penal y las formas que implementará para luchar contra la corrupción. La continua aparición de casos de altos funcionarios públicos envueltos en sobornos, tráfico de influencias, peculados y otras conductas ilícitas, y los grandes perjuicios que generan (por ejemplo, colegios sin construir, carreteras sin terminar) han provocado

1 Según dicho informe, en el año 2019, el costo de la corrupción y la inconducta funcional representó, en términos de perjuicio económico al Estado, alrededor del 3 % del PBI.

que la sociedad exija una acción inmediata y efectiva para hacer frente a dicho flagelo, pero *repensando* las medidas de actuación y sanción o incorporando otras que —aparentemente— sean más efectivas.

El legislador ha prestado atención a esta exigencia de la sociedad y por eso ha ido implementando a lo largo de los últimos quince años distintas formas que van desde las que se califican como medidas de política criminal (incremento de penas, tipificación de nuevas conductas) hasta aquellas que son propiamente de configuración de los tipos penales (el contenido de determinados términos penales, el conocimiento exigido) con distintos resultados. Aunque ya de ambas me he ocupado en otro lugar (Vílchez, 2021, *passim*), me referiré en este trabajo a la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la Administración pública, una medida que se ha incorporado, después de numerosos proyectos de ley (Abanto, 2022, p. 806), a propósito de la modificación del artículo 41 de la Constitución.

El mensaje que deja la inclusión de la imprescriptibilidad es claro: los delitos contra la Administración pública se perseguirán por siempre y no acabarán sin sanción. Y parece que esto calma —o al menos a esto se orienta— la «sed de justicia» que todos tenemos. Sin embargo, la puesta en marcha del *ius puniendi* a través del derecho penal no debe llevarnos a olvidar que, en primer lugar, es el último recurso aplicable en tanto las otras ramas (por ejemplo, la civil, la mercantil, entre otras) no hayan podido encargarse de su solución. Y está fuera de discusión —conviene recordarlo— que el derecho (penal) no cubre ni sustituye la enseñanza de valores que recibimos en casa, en la escuela, en la universidad. En segundo lugar, que la implementación de distintas medidas y respuestas penales no supondrá automáticamente la desaparición de los casos de corrupción pública. Hay otros factores de los que también debemos ocuparnos como, por ejemplo, la formación de los funcionarios

públicos y la idoneidad de la estructura del marco jurídico propuesto. Porque de no ser así, señalan Rose-Ackerman y Palifka (2019), «si un funcionariado débil se combina con un marco jurídico deficiente, los funcionarios se enfrentan a la tentación de crear normas y regulaciones arbitrarias y de usarlas para exigir sobornos por la fuerza o justificar la inacción» (p. 197). Y, en tercer lugar, que incluso con la implementación de la imprescriptibilidad no se asegura un cambio radical ni efectivo en la lucha contra esta forma de criminalidad por muchos motivos. Así, Montiel (2018) afirma que aun cuando se pueda contar con la imprescriptibilidad —y, agregaríamos aquí, con la amenaza del cumplimiento efectivo de la pena— siempre hay forma de que esto no sea así, por ejemplo, a través de unas investigaciones y juicios «expres» que terminen —sostiene Montiel— rápidamente en un sobreseimiento o absolución de los funcionarios procesados (p. 178). Por su parte, Ragués i Vallès (2004) se encarga de matizar la afirmación de que los delitos se perseguirán *sine die*, diciendo que

la declaración de imprescriptibilidad solo supone la prolongación de los plazos de prescripción de ciertas infracciones hasta el fin de la vida de sus autores. De este modo incluso para los delitos imprescriptibles existe siempre un punto y final en el tiempo. (p. 93)

Con este escenario, se propone en el siguiente trabajo —que se elabora en el marco de la lucha contra la corrupción, tema seleccionado como eje temático para la *Revista Oficial del Poder Judicial* del Perú— realizar un examen concreto de la medida de imprescriptibilidad (2), deteniéndonos en el detalle de su relación con la duplicidad de plazo de prescripción para estos delitos (2.1), la situación de los artículos 80 CP y 41 Const. (2.2), y si era necesaria su incorporación (2.3). Con posterioridad, nos ocuparemos de sus problemas (3) con la finalidad de revisar cómo se

ha implementado esa medida, cuáles son las propuestas de interpretación (3.1 y 3.2) y cómo se puede interpretar la última parte del art. 41 Const. que hace depender del principio de legalidad la determinación de la gravedad de los delitos contra la Administración pública y así dar paso a la imprescriptibilidad (4). Se culminará este trabajo con la presentación de las conclusiones (5). Comencemos.

2. UN POCO DE HISTORIA

Antes de abordar la imprescriptibilidad prevista para los delitos que ahora nos ocupan en el art. 41 Const., pienso que es importante referirse al art. 80 CP, donde si bien no se reguló nunca la imprescriptibilidad, puede hallarse una semilla de dicha medida o encontrarse una relación en tanto se previó la posibilidad de duplicar el plazo de prescripción de la acción penal para los casos de delitos contra la Administración pública. Frente a la ya mencionada relación y, eventual, confrontación que tendrán ambos artículos —teniendo en cuenta las cuestiones sobre la primacía de la Constitución sobre una ley como el Código Penal, Decreto Legislativo n.º 635— resulta de especial interés conocer de qué modo se fueron dando las modificaciones por el legislativo y el constituyente, los argumentos y la toma de posición que presentaron los autores y la Corte Suprema de Justicia de la República.

2.1. La duplicidad del plazo de prescripción ¿también alcanza a los *extranei*?

El art. 80 CP, en su redacción original, establecía que el plazo de prescripción de la acción penal se duplicaba —y esto era así, según la opinión de la Corte Suprema expuesta a lo largo del Acuerdo Plenario n.º 1-2010, por el desvalor de la conducta y el resultado producido— en el caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este.

A partir de esta regulación y de la peculiar configuración, de intervención necesaria, de algunos de los delitos contra la Administración pública se empezó a cuestionar si dicha duplicidad de la prescripción alcanzaba no solo a los *intranei* (funcionarios y servidores públicos), sino también a los *extranei* (particulares, no vinculados a la Administración pública). A causa de la diversidad de soluciones de los tribunales, la Corte Suprema consideró dicho tema y el 6 de diciembre de 2011, a través del Acuerdo Plenario n.º 2-2011, concluyeron, entre otras ideas, que (a) los delitos contra la Administración pública son delitos de infracción de deber y el autor de estos delitos solo puede ser un funcionario público en tanto ocupa un estatus especial (fundamento jurídico 9.º); (b) se admite la participación del *extraneus* y este es quien no ostenta un estatus especial (fundamento jurídico 11.º); (c) los *extranei* al no tener ese estatus y, por tanto, no infringir el deber jurídico especial que sí tienen los funcionarios, no son merecedores de mayor reproche penal; en consecuencia, no les alcanza la extensión de la duplicidad del plazo de prescripción (fundamento jurídico 16.º); (d) es necesario, por proporcionalidad y razonabilidad, que exista una diferenciación entre los *intranei* y los *extranei*, esto es, por la existencia o la ausencia respectivamente de ese deber jurídico especial (fundamento jurídico 17.º); (e) la pena de los *extranei* se rige por la correspondiente al delito cometido por el autor, pero no le alcanzará la duplicidad de la prescripción (fundamento jurídico 18.º).

La solución expuesta sobre la inaplicación de la duplicidad del plazo de prescripción para los *extranei* planteada por la Corte Suprema era un modo de uniformizar la respuesta penal y, al mismo tiempo, una toma de posición en un campo ciertamente difícil, tanto por el resultado final como por hacer frente a la variedad de argumentos jurídicos expuestos que incluso hasta hoy siguen siendo materia de discusión: la participación del *extraneus* en los delitos (especiales) de infracción del deber. Sobre el tema basta,

por ejemplo, con dar cuenta de lo dicho por el gran referente que es el profesor alemán Jakobs (2012), en tanto sostiene que los *extranei* pueden ser partícipes en un delito de infracción del deber (pp. 83-87). Por otro lado, en la doctrina en nuestro idioma se pueden destacar las siguientes posiciones, desde aquellas que rechazan la posibilidad hasta las que sí la reconocen; así, se puede mencionar la postura de Robles Planas y Riggi (2014) en tanto para ellos —a propósito del análisis del art. 65.3 del Código Penal español— en los delitos especiales de infracción no cabe la atenuación o responsabilidad de los *extraneus*, pues no podría comunicarse el elemento que fundamenta la responsabilidad penal (pp. 72-73). Por su parte, García (2019) precisa que no se le puede imputar al *extraneus* responsabilidad penal por una competencia institucional, pero esto no significa que no se le pueda castigar. Se puede hacer, pero deberá moverse en un escenario distinto al de esa competencia (pp. 800-801). Para Caro (2020), «la comunicación que se da entre el particular y el funcionario público es por el lado organizativo del tipo penal, en la base del deber negativo que sirve de fundamento sobre el cual se edifica el delito funcional» (p. 381).

Con todo, se puede afirmar que la solución planteada por la Corte Suprema ya en ese Acuerdo Plenario n.º 2-2011 sirve para aclarar también (junto al tema del alcance de la duplicidad del plazo de prescripción) que la cuestión esencial no es preguntarse si el *extraneus* responde penalmente —¡claro que responde!—, sino más bien cómo ha de tratarse la infracción de esa competencia no institucional (Vílchez, 2018, p. 94). Esta es una idea que incluso puede ser útil para entender el funcionamiento del actual art. 25 CP mientras cada uno de los sujetos responde, pero en función de ese distinto deber infringido (Vílchez, 2018, p. 96).

2.2. El art. 80 CP y el art. 41 Const.

Retomando el análisis sobre el art. 80 CP, este precepto se modificó —para los efectos que aquí interesan ahora— el 20 de agosto de

2013, a través de la Ley n.º 30077, para incluir también aquellos delitos cometidos como integrantes de una organización criminal manteniendo la duplicidad del plazo de prescripción. La redacción —del último párrafo— quedó del siguiente modo:

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.

Así, se dio una línea de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), que señala que «cada Estado Parte establecerá [...] un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención».

En este punto de la exposición vale la pena resaltar que —como se dijo anteriormente— en el Código Penal no se incorporaría la medida de la imprescriptibilidad para los delitos contra la Administración pública, sino que sería a través de la Constitución Política, concretamente por una reforma al artículo 41 Const., que se produciría exactamente cuatro años después de la modificación al art. 80 CP, debido a un proyecto de ley presentado en 2016 por el expresidente Kuczynski y los grupos parlamentarios Peruanos por el Cambio, Frente Amplio y Acción Popular, y que fuera aprobado en dos legislaturas consecutivas (según lo previsto en el art. 206 Const.).

A efectos del presente trabajo dejaremos la referencia al art. 80 CP hasta aquí, pues ya hemos visto cómo se consideró la duplicidad del plazo de prescripción. A partir de aquí vamos a dar un paso más, concentraremos la atención en el último párrafo del art. 41 Const., donde se establece lo siguiente:

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.

El texto constitucional, según se puede observar, hace referencia —una vez más— a la duplicidad del plazo de prescripción como hacía el art. 80 CP (aunque con algunas modificaciones) y la incorporación, ahora sí, de la imprescriptibilidad. Sobre la base de todo lo anterior se pueden presentar las siguientes reflexiones:

En primer lugar, que en el sistema actualmente vigente la duplicidad del plazo de prescripción no se ha limitado a los casos de delitos que afectan patrimonialmente al Estado (ni a los cometidos por organizaciones criminales), sino que, en general, puede aplicarse a todos los delitos contra la Administración pública, aunque no se haya menoscabado al patrimonio estatal. Este sería un cambio significativo frente a lo dispuesto en el art. 80 CP y rompería así un (primer) gran límite establecido por el legislador penal.

En segundo lugar, que la duplicidad del plazo de prescripción se extiende tanto a los funcionarios o servidores públicos (*intranei*) como a los particulares (*extranei*). Esta modificación del texto constitucional es una precisión que no se encuentra en el Código Penal y significa además una ruptura importante con el (segundo) límite, si bien no legal, sí establecido por la Corte Suprema, en ese Acuerdo Plenario n.º 2-2011, que defendía la inaplicabilidad de la duplicidad del plazo de prescripción para los particulares. Pueden entenderse las razones de política criminal que han orientado al cambio (como, por ejemplo, la necesidad de combatir la corrupción pública) y el mensaje que se quiere dar a la población (como,

por ejemplo, que las autoridades no son ajenas al problema y que se están tomando acciones para luchar contra la corrupción). Incluso podría parecer una razón mucho más apropiada y coherente que se extienda también la posibilidad de persecución penal —tanto como la del funcionario— a aquel sujeto no vinculado con la Administración que contribuyó a la afectación de la Administración pública. Sin embargo, pienso que todo esto no debe llevar a desconocer sin más las razones dogmáticas (los distintos deberes infringidos) que fundamentan la imputación penal de cada uno de los sujetos a los que les corresponderá una consecuencia jurídica que el legislador penal deberá establecer.

En tercer lugar, que en cuanto a la pena del *extraneus*, no estoy diciendo que deba atenuarse (aunque es una posición defendible, como sostiene Jakobs [2012, p. 86]), al menos no necesariamente (y de hecho en el art. 25.III CP no se ha considerado una atenuación: «El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él»), sino que valdría la pena sincerar los marcos penales aplicables a los particulares y, especialmente, revisar qué otras consecuencias jurídicas podrían aplicarse. Al respecto, es muy clara la idea expuesta por Silva Sánchez (2011):

No se trata de distinguir [*scil.* respecto al derecho penal de primera y segunda velocidad] —ni me parece que nadie lo haya pretendido— según sujetos, sino según hechos y según consecuencias jurídicas. Sobre el significado relativo de los «hechos» —previo a la distinción entre los mismos, a la imposición de consecuencias jurídicas, y a la decisión sobre el régimen aplicable— puede y debe discutirse, obviamente, como ocurre siempre que están en juego valoraciones sociales. Sin embargo, una vez traspasado el filtro anterior, resulta

más que clara la necesidad de distinguir los diversos regímenes en función de cuáles sean las consecuencias jurídicas que se decida imponer, pese a su común carácter jurídico-penal. (pp. 176-177)

Considero que el esquema propuesto por el profesor Silva Sánchez es interesante, y aunque está refiriéndose propiamente a las cuestiones de las «velocidades del Derecho penal» —dejando, por ahora, los temas sobre la validez de su planteamiento. Sobre esto, en cualquier caso, pueden consultarse las distintas opiniones donde se matiza la estructura propuesta (García, 2022, p. 91) o se le critica (Gómez y Sanz, 2013, pp. 63-68)—, me parece oportuno tomarlo como referencia porque puede ser de utilidad en cuanto a esa concreción de la responsabilidad de los particulares por su intervención en un delito contra la Administración pública o, dicho de otra forma, sirve para reflexionar sobre las posibles consecuencias jurídicas que podrían aplicarse.

Entiéndase aquí que la eventual revisión sobre la pena no supone desconocer el desvalor de la conducta del particular o del funcionario, sino más bien pretende que, como señala la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario n.º 2-2011, la respuesta punitiva considere esa diferente condición y ausencia del deber jurídico especial (fundamento jurídico 17.º). Ello sobre la base, por ejemplo, de examinar la posibilidad de aplicar (o repotenciar) inhabilitaciones —complementando o variando lo dispuesto en el art. 36 CP— para ambos sujetos que supongan un impedimento muy amplio para contratar con el Estado (que ya se establece en la Ley de Contrataciones del Estado) y, al mismo tiempo, imposibilitarle la postulación a un puesto público o ejercer la función pública (esto último como ya se establece en el art. 39-A Const.), multas por el doble o el triple de la ganancia obtenida por el delito. Esta línea estaría orientada, pues, a que, en un nivel legislativo, se planteen las revisiones sobre las consecuencias jurídicas de conformidad

con lo dispuesto en el subsistema de los delitos contra la Administración pública (Vílchez, 2021, pp. 67-ss.).

En cuarto y último lugar quisiera plantear lo siguiente: si bien ya está aclarado que el *extraneus* responde penalmente y que según el art. 41 Const. se le aplica la duplicidad del plazo de prescripción, cabe preguntarse si le alcanzará también —ya que no se ha especificado en el texto constitucional— la imprescriptibilidad. En mi opinión, no habría motivo para impedirlo. Es cierto que el texto constitucional no lo ha previsto expresamente. Sin embargo, no hay una razón válida para distinguir —en cuanto a la persecución— entre funcionarios y particulares, más aún cuando el motivo de la incorporación de dicha medida es luchar contra las conductas (tanto de los funcionarios como de los particulares) más graves y, por supuesto, que se ha previsto que al particular le alcance la duplicidad del plazo de la prescripción cuando se cometa cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio público. De la misma opinión es Abanto (2022), quien señala que no hay motivo para hacer una distinción en cuanto a la imprescriptibilidad para los sujetos no vinculados (p. 808). Y esto es así, básicamente, porque el fin de la regulación prevista en el mismo art. 41 Const. —que contempla la inclusión del particular en el momento de determinar la duplicidad del plazo de prescripción— hace posible interpretar que la imprescriptibilidad también le alcanza al *extraneus* en tanto se mantiene la misma lógica anterior, es decir, encontramos a un sujeto (no vinculado) a quien por intervenir en un hecho cometido por un funcionario público se le puede perseguir, si se trata de un delito *no* grave, duplicando el plazo de la prescripción; y, de tratarse de un delito grave, esa persecución no tendría límite temporal. La exclusión, esto es, la posibilidad de perseguir temporalmente solo al particular, aun tratándose de un delito grave, daría lugar a una distinción extraña que rompería el sentido interno previsto en el mismo artículo (aun cuando el legislador lo hiciera de modo expreso). Vale la pena

recordar, en este contexto, que esto no significa colocar al particular en una situación de indefensión o de una afectación ilegal a sus derechos. Goza de todas las garantías y los derechos previstos dentro del proceso penal. Aquí solo se está haciendo hincapié en la posibilidad de procesar penalmente al sujeto.

En este estado de la cuestión, se comprueba que la imprescriptibilidad existe y que se ha impuesto constitucionalmente. Por eso, corresponde a partir de ahora examinar su composición y cómo se puede hacer operativa atendiendo a «los supuestos más graves, según el principio de legalidad».

2.3. ¿Era necesaria la imprescriptibilidad?

No obstante, antes de pasar a la cuestión anunciada en el apartado anterior, debemos reflexionar sobre la conveniencia de la incorporación de dicha medida para la lucha contra la corrupción pública. Por un lado, podría mencionarse que en otros países de nuestro entorno se ha dado la implementación (así, por ejemplo, en Ecuador [art. 233 de la Constitución de 2008], Argentina [art. 36 de la Constitución de 1853] y Bolivia [art. 112 de la Constitución de 2009]) y que en buena cuenta responde a los compromisos internacionales que se han ido impulsando para luchar contra estas formas de conducta. Por otro, es mejor incluir todas las formas posibles para que los implicados no puedan escapar —por distintas razones, legales o no— de la justicia penal. Por mi parte, pienso que las medidas que se prevean no solo deben representar un cambio formal (la incorporación en un cuerpo legal o, en este caso, en la Constitución), sino que deben venir acompañadas de otros elementos. Dicho de otro modo, no es suficiente el ánimo del legislador de aumentar los marcos penales abstractos (Miró, 2017, p. 18), o, como en este caso, que se pueda perseguir la comisión de un delito sin un tiempo límite, sino que también debe contarse con recursos (humanos y económicos) para que los sujetos que cometen los delitos puedan

ser investigados, procesados, sentenciados y se les pueda ejecutar la condena. Así, la puesta en marcha del sistema penal no (solo) debe estar basada en la aparición de más medidas (severas o estrictas), sino que requiere que se construya sobre la base de la eficiencia y la certeza en la investigación y la persecución. Y, aún más, de rapidez. Todo esto implica que se pueda invertir en la selección, la incorporación y la formación de jueces, fiscales, abogados, policías, peritos, etc.; en la infraestructura de los locales de la Policía (las unidades de investigación), del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Contraloría General de la República, etc.; y también (principalmente) en la revisión del organigrama de cada institución pública para sincerar procedimientos, número de personal, etc. Sin estos otros elementos, la imprescriptibilidad (y otras) pasará a ser una más de las tantas figuras bien intencionadas, pero —irónicamente— de poco alcance o ineficaz (Queralt, 2022, p. 311). En resumen, pienso que la incorporación de la imprescriptibilidad puede ser necesaria, sin embargo, requiere que se cuente con el respaldo adecuado del sistema para que pueda «llegar el mensaje». Por lo pronto, considero que este mensaje no llegará —o no en la medida que se ha previsto— debido a los inconvenientes, como veremos a continuación, que presenta la redacción del último párrafo del art. 41 Const.

3. PROBLEMA: LA OSCURA REDACCIÓN DEL ART. 41 CONST.

Conviene recordar que, como señala Ragués i Vallès (2004), el cuestionamiento a las bases más esenciales de la sociedad «tiene como consecuencia que sea imprescindible el transcurso de un lapso temporal muy prolongado para su superación, hasta el punto de que su persecución y castigo siguen siendo necesarios mientras vivan los (presuntos) responsables» (p. 92). Todo esto encaja muy bien con la duplicidad del plazo de prescripción que se ha dispuesto en nuestro sistema penal a propósito de los delitos que analizamos.

Ahora bien, las medidas no acaban ahí, sino que entra en juego también —como sabemos— la posibilidad de persecución penal sin una limitación temporal. Este escenario se da, por ejemplo, para delitos frente a los que no se está dispuesto a olvidar con la finalidad de preservar un determinado orden social (Abanto, 2022, p. 804). Así pues, el art. 41 Const. instauro la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración pública, pero no para todos, sino que la hace depender de su mayor gravedad. Sin embargo, no determina un criterio para ello, sino que simplemente alude a su concreción según el principio de legalidad. Ante este estado actual, es conveniente efectuar una revisión que permita dar un contenido a ese «criterio de legalidad» [¿?] que informará sobre la gravedad de los delitos. Por eso, a continuación se realizará el siguiente trabajo: por un lado, se analizará la conveniencia de utilizar el marco penal abstracto de los delitos como criterio para la determinación de la mayor gravedad (3.1); y, por otro lado, se revisará la «ayuda» que puede brindar el principio de legalidad en dicha concreción (3.2). Veámoslo.

3.1. El marco penal abstracto ¿una buena solución?

Ante la falta de un desarrollo legal y doctrinal sobre el tema, una primera idea que se puede proponer es referirse al marco penal abstracto y, concretamente, a la pena privativa de libertad establecida para cada uno de los delitos contra la Administración pública. Así, podría entenderse que serían imprescriptibles aquellos delitos cuya pena sea cuantitativamente alta (de esta opinión, por ejemplo, es Ragués i Vallès [2004, p. 94]). Sin embargo, este camino abre, a su vez, una nueva línea: ¿se requiere de un solo año o de varios años de cárcel para ser considerados como graves? Y, en este último caso, ¿cuántos deberían ser?

Siguiendo esa línea, podemos advertir que, en función del escenario nacional, la solución no es sencilla debido a la diversidad

de penas. Si nos limitamos a los delitos recogidos en el Título XVIII del Código Penal se pueden encontrar (a) ocho tipos penales con penas alternativas (prisión o prestación de servicios comunitarios) y (b) setenta y tres tipos solo son penas de prisión. Dentro de este grupo, (b.1) catorce prevén una pena no mayor a uno, dos, tres o cuatro años; (b.2) cuarenta y uno tienen una pena prevista entre los cuatro y ocho años; y, finalmente, (b.3.) dieciocho prevén un marco entre los ocho y los veinte años.

Así entonces, en este estado de cosas y parafraseando a Gómez (2017), se podría decir que —excluyendo el grupo b.3— no se entiende muy bien cómo si, en no pocos casos (por ejemplo, grupo a, grupo b.1 y grupo b.2), existe una escasa gravedad —o, podría decir, solo una gravedad, si cabe, moderada cuantitativamente— de la pena prevista para los delitos contra la Administración pública (por ejemplo, del grupo a, como los delitos de ostentación de títulos u honores que no ejerce, violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; del grupo b.1, como los delitos de abuso de autoridad, denegación de apoyo policial, abandono de cargo, nombramiento indebido para el cargo público, patrocinio ilegal, entre otros; del grupo b.2, como el delito de usurpación de funciones, desobediencia a la autoridad) tales sean merecedoras de ser declaradas imprescriptibles (pp. 58-59). La poca coherencia y la nula sistematización proyectada en cuanto a los marcos penales abstractos lleva a descartar este criterio del marco de prisión —en todo caso— para definir la gravedad. Por eso, no sorprende que Abanto (2022), afirme que

Si la duración de los plazos de prescripción se construye sobre la *gravedad de los delitos* [...] y, por su penalidad, los delitos contra la administración pública todavía son considerados como menos graves que los delitos contra la vida, no hay una explicación lógica, desde la perspectiva de

la «proporcionalidad», para la «imprescriptibilidad» o incluso para una elevación considerable del plazo en relación con otros delitos de mayor penalidad. (p. 808)

A lo expuesto anteriormente podría achacársele, por lo menos en lo que aquí alcanzo, dos críticas. Por un lado, que existe un grupo, el b.3, donde se ubican preceptos penales que contemplan una pena de prisión entre ocho y veinte años que podrían sí ser considerados como imprescriptibles. Al respecto, cabe señalar que de esos dieciocho preceptos seleccionados, solo once prevén una pena que va hasta los quince o los veinte años y son los siguientes: arts. 367.III, 368-D.I, 368-D.III, 368-E.I, 368-E.II, art. 384.II, art. 384.III, 387.II, 395.I, 395.II, 401.II. De la revisión de estos delitos (que van desde aquellos de violencia contra la autoridad, desobediencia a la autoridad, hasta algunos supuestos de colusión, de peculado, de cohecho y de enriquecimiento ilícito) se puede concluir que no hay una línea clara ni tampoco parece ser una medida de política criminal bien definida si se asume que esos —y solo esos— delitos serán imprescriptibles atendiendo a su pena de cárcel. Si bien coinciden, muchos de ellos, con los que se contemplan como imprescriptibles en otros sistemas penales (como en Ecuador o Bolivia), hacerlo sin un criterio claro o definido no parece coadyuvar a la seguridad jurídica que se está buscando precisamente para saber cuándo se puede considerar o no imprescriptible un delito.

La segunda crítica que se podría presentar sería que no se está considerando la existencia de un parámetro ya establecido por el legislador y que orientaría en la determinación de la gravedad del delito sobre la base de la pena de prisión. Dicho de otro modo, que podría tomarse como punto de corte la exigencia de los cuatro años como sanción a imponer debido a que se emplea como elemento esencial para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 57 CP) o presupuesto para la prisión preventiva (art. 268 CPP).

Sin embargo, está fuera de discusión que la determinación de los marcos penales por parte del legislador no siempre tiene en cuenta una sistemática ni un orden interno, sino que responde más bien a exigencias sociales que son atendidas a través de una rápida (aunque ineficiente) «reacción legal» para dar solución a un problema (Vílchez, 2017, pp. 36-38) y si bien ha servido como criterio para las mencionadas figuras previstas en el Código Penal y Procesal Penal, pienso que no resulta conveniente dicha vinculación. Y, además, la redacción del art. 41 Const. no nos limita a ese entendimiento sobre la gravedad del delito definido por los años de prisión. Por eso, puede resultar oportuno revisar otras alternativas. Pero, antes de entrar en ellas, conviene referirse al principio de legalidad como forma —mencionada en el mismo art. 41 Const.— útil para determinar la mayor gravedad de los delitos.

3.2. ¿Qué podría «decir» el principio de legalidad sobre la gravedad de los delitos?

Es conveniente, antes de responder la pregunta con la que se inicia este apartado, precisar que el principio de legalidad está reconocido en el art. 2.24.d de la Constitución Política. Se presenta como una exigencia liberal del Estado de derecho (Sánchez-Ostiz, 2012, p. 103) y se formula con el enunciado *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale certa, scripta et stricta*. Así, se presentan las manifestaciones del principio de legalidad que son aceptadas por la doctrina: irretroactividad (*lex praevia*), mandato de certeza o determinación (*lex certa*), reserva de ley (*lex scripta*) y prohibición de analogía (*lex stricta*). Para el desarrollo de cada una de ellas puede consultarse la bibliografía especializada (entre otros, por ejemplo, García [2019, pp. 137-ss.]; Mir [2003, p. 128]), aquí lo que nos ocupa es referirnos a cómo es que a través de este principio (consúltese la interesante propuesta de Sánchez-Ostiz [2012, *passim*]) o de esas manifestaciones del principio puede definirse la gravedad de los delitos.

No parece, en mi opinión, que pueda ser así, salvo que se entienda —con la finalidad de «salvar» la interpretación del precepto constitucional— que la referencia a la legalidad es que no se puede dejar de observar el marco penal abstracto o, en palabras del maestro Yacobucci (2017), «la pretensión de una verdadera coacción psicológica sobre el ciudadano a través de la amenaza de la pena enunciada» (p. 379). Ello llevaría a plantear que todos los delitos contra la Administración pública serían imprescriptibles. Pero no hay que olvidar que el precepto no dice que todos lo son, solo se refiere a los más graves. La simple mención a la legalidad entonces no serviría para señalar qué delito es más grave que otro. Incluso si la pretensión del constituyente era hacer referencia al marco penal, debió haberlo dicho así expresamente. Lamentable o afortunadamente, como se sostiene aquí, no lo hizo.

La designación expresa fundamentada en la realización del delito concreto sin depender (o no necesariamente) del marco penal era el camino que pretendía tomar el legislador a través del Proyecto de Ley n.º 04319/2018-CR, del 10 de mayo de 2019 —pero que debido al cierre de ese Congreso, no vería la luz—, para definir aquellos delitos graves. En el apartado 3 del mencionado proyecto de ley aparecería un catálogo de delitos graves y serían los siguientes: colusión, peculado, cohechos, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Aunque lo parezca —porque dichos delitos están sancionados, hoy en día, con una pena de prisión máxima de veinte, quince, quince, ocho y quince años respectivamente—, el legislador no se basa en un criterio cuantitativo, pues de haber sido así, la lista debió incluir otros supuestos que no estaban ahí como, por ejemplo, la usurpación de funciones (art. 361 CP), sancionada con una pena máxima de ocho años; la violencia contra la autoridad agravada (art. 367.III), sancionada con una pena máxima de quince años; el ingreso indebido de armas en establecimientos penitenciarios (art. 368-E CP), sancionado con una pena máxima de veinte años; la concusión (art. 382 CP), sancionada con una pena

máxima de ocho años; entre otros. Esto confirma que la gravedad de la conducta se estableció no con base en la pena, sino atendiendo a unas características que, aunque se podrían intuir, no se hacen evidentes en la exposición de motivos. Se intentó cambiar ello en el Proyecto de Ley n.º 7285-2020-CR, del 15 de diciembre de 2020, donde se presentó como un elemento a tener en cuenta para determinar la gravedad al perjuicio (por eso, se incluyeron, dentro de la propuesta, como delitos imprescriptibles los previstos en los arts. 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 395-A, 395-B, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401), aunque no se descartó considerar los marcos penales abstractos. Pero ya sea en el primero o en el segundo de los proyectos de ley presentados, a modo de ejemplo, en ninguno de los dos se tuvo en cuenta como criterio al principio de legalidad. Esto puede servir de ayuda para demostrar que no hay mucho que hacer con tal referencia.

4. OTROS CRITERIOS Y UNA PROPUESTA

Si la gravedad de la pena, según se argumentó previamente (véase *supra* 3.1), no es un criterio fiable para satisfacer la exigencia del art. 41 Const. y tampoco es de utilidad la referencia al principio de legalidad (véase *supra* 3.2), entonces, podría preguntarse ahora, ¿qué es aquello que los hace graves para merecer la imprescriptibilidad? Como criterios se pueden mencionar, por lo menos (Sáenz, 2018, p. 158 sugiere otros más), los siguientes: número de agentes; modalidad de la conducta (violencia, amenaza, engaño); resultado producido (de peligro, de lesión); número y condición de los agraviados. Cada una de estas opciones —que ya el legislador ha tomado (art. 46 CP) como agravantes de la responsabilidad penal— no excluyen a las otras. Evidentemente, no hace falta que concurren todas las aquí mencionadas.

Ahora bien, al ser ese un posible camino, pienso que puede, en este contexto, emplearse la propuesta de los delitos de abuso,

gestión y oportunidad que desarrollo para clasificar las conductas contra la Administración pública (Vílchez, 2021, pp. 191-209) y decidir, atendiendo a la esencia de cada uno de ellos, si cabe o no la imprescriptibilidad. Se hace hincapié en la esencia, pues cada uno responde a unas notas características (contextos, deberes infringidos, cooperación de terceros) que se podrían tomar como baremos en el momento de definir la gravedad de la conducta, que es aquello que está detrás de todo y define la aplicación de la medida. A modo de aclarar la idea que se acaba de presentar, es pertinente desarrollar, aunque sea brevemente, lo esencial de cada uno de estos delitos.

En los delitos de abuso existe una *conducta de prevalimiento* por parte del funcionario público que coacciona, intimida, engaña o induce a error a los particulares imponiendo así su voluntad. Pertenecen a esta clase, por ejemplo, los delitos de concusión, exacciones ilegales o abuso de autoridad. En los segundos, esto es, en los de gestión, existe una *conducta de desobediencia* a sus deberes especiales específicos en tanto el funcionario público interviene de acuerdo con su cargo, en el control de operaciones, la administración y contratación pública de determinados bienes y servicios, y saca provecho de todo esto. Pertenecen a esta clase, por ejemplo, los delitos de colusión, peculado, malversación. Y, en los terceros, es decir, en los de oportunidad, el funcionario público también realiza una *conducta de desobediencia* a sus deberes especiales (distintos a los de administración y contratación) o genéricos sacando provecho de su situación, sin necesidad de violentar o abusar (según los sentidos antes expuestos en los delitos de abuso), por el solo hecho de ser funcionario público. Los supuestos típicos se concretan también —muchas veces— con el apoyo de particulares que le «solicitan negociar». Pertenecen a este último grupo, por ejemplo, los delitos de cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. La propuesta que se ha presentado, en síntesis, se construye

sobre dos de las tres estructuras básicas de formas de agresión (Sánchez-Ostiz, 2020, p. 23), a saber: la *violencia*, tanto física como psíquica, para el caso de los delitos de abuso; y la *desobediencia*, como una forma de incumplimiento agravado de las obligaciones, para el caso de los delitos de gestión y oportunidad.

Visto así, se podría afirmar que los tres grupos contienen suficientes elementos que permitirían calificarlos como graves: la violencia o amenaza (para los de abuso); gran perjuicio por las contrataciones arregladas o la apropiación de los bienes públicos (para los de gestión); y la compraventa de la función pública (para los de oportunidad). Sin embargo, se puede establecer una escala que vaya desde los supuestos leves, los de gravedad intermedia a los más graves, reservando solo para estos últimos —según lo previsto en el art. 41 Const.— la imprescriptibilidad. La cuestión está entonces únicamente en exponer los criterios.

En concreto, pienso que es esencial el reconocimiento de aquello que es propio para los delitos contra la Administración pública, esto es, que se trata de sujetos que asumen un compromiso de actuar en pro de la sociedad. Por eso, tienen unas obligaciones y competencias de actuación. El castigo penal que se plantea contra esos sujetos, en consecuencia, se fundamenta en la manifestación contraria a aquellas relaciones institucionalizadas que facilitan contar con unas expectativas de comportamiento y mantener así un desarrollo normal dentro de la sociedad (Vílchez, 2018, pp. 250-ss.). De los tres grupos, si bien se requiere a un funcionario público y, por eso, entran en juego unas competencias institucionales, hemos visto que solo dos (los de gestión y de oportunidad) responden al paradigma de la desobediencia, entendida —según se ha dicho ya— como una forma de incumplimiento grave de sus obligaciones. En lo que aquí interesa, se puede observar que los funcionarios públicos actúan de modo muy grave por no atender a sus competencias institucionales de gestionar, contratar, administrar y por

aprovecharse de su posición (sin violencia ni amenaza). Esto no significa que los delitos de abuso, presentados como conductas de prevalimiento mediante violencia o intimidación, no sean graves. También lo son, pero en la escala que se propone corresponderían más bien a unos de gravedad intermedia en tanto, se puede decir, el funcionario público actúa como si fuera un particular, pero «con más fuerza» (por usar el uniforme), infundiendo miedo en los particulares (anulando su voluntad) y consiguiendo lo que desea. En cambio, en los otros dos grupos, el funcionario público obtiene un provecho ilegal al faltar a las obligaciones que se le han encomendado (sean genéricas o específicas).

El efecto práctico del esquema propuesto es que solo en los grupos de desobediencia, es decir, en los delitos de gestión y de oportunidad, se podrán incluir en la lista a aquellos que tienen la gravedad suficiente para ser considerados imprescriptibles. Así, por ejemplo, los delitos de colusión, peculado, negociación incompatible, malversación y otros diecinueve preceptos legales previstos en todo nuestro sistema penal (a saber: arts. 141, 142, 155, 157, 160, 200.IV, 228.II, 229, 309.3, 314, 388, 393, 393-A, 395, 395-A, 404, 409-B, 414 y 418) pertenecientes a los de gestión; así como los de tráfico de influencias, cohechos, enriquecimiento ilícito y otros dieciocho preceptos (que son los siguientes: arts. 352, 379, 380, 381, 385, 393.I, 393.II, 393-A, 395.I, 395.II, 395-A.I, 395-A.II, 395-B.I, 395-B.II, 396; 422, 423, 424) pertenecientes a los de oportunidad. De este modo, se presenta una propuesta que va más allá del marco penal y que guarda —o al menos eso pretende— un sentido coherente que puede servir para informar en el momento de decidir la puesta en marcha de la última parte del párrafo final del art. 41 Const. La evaluación, la utilidad (o no) y la viabilidad (o no) de esta propuesta se pone en manos de los operadores jurídicos y en las tuyas, estimado lector.

5. CONCLUSIONES

Con base en el desarrollo planteado en este trabajo ha quedado establecido que la cuestión de la gravedad que hace posible que los delitos contra la Administración pública sean calificados como imprescriptibles debe venir respaldada no por un sistema de penas (que no es coherente ni estructurado y que responde a distintos criterios en función del clamor popular), sino más bien por la mayor peligrosidad de la conducta o, en la lógica aquí utilizada, por la clase de conducta desplegada. Por eso, sobre la base de los delitos de gestión y de oportunidad, que responden al paradigma de la desobediencia, se propone considerarlos como delitos imprescriptibles. La ventaja adicional que tiene esta propuesta es que no se limita a unos cuantos delitos que se encuentran en una determinada sección o capítulo del Título XVIII del Código Penal, sino que, debido a su estructura y su esencia, abarca todas las conductas contempladas en nuestro sistema penal que afectan a la Administración pública.

REFERENCIAS

- Abanto, M. (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública* (2.^a ed., t. II). Instituto Pacífico.
- Caro, J. (2020). La intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos. En R. Martínez (dir.), *La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal* (pp. 359-383). Editores del Centro.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2010). VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 1-2010/CJ-116. Lima: 16 de noviembre de 2010.

- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 2-2011/CJ-116. Lima: 6 de diciembre de 2011.
- García, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). Ideas Solución Editorial.
- García, P. (2022). *Derecho penal económico. Parte general* (4.ª ed.). Instituto Pacífico.
- Gómez, M. y Sanz, I. (2013). *Derecho Administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo* (3.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez, V. (2017). *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*. Editorial B de F.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2022). Percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones. Informe técnico n.º 3. https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad_ene_jun22.pdf
- Jakobs, G. (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Vittorio Klostermann.
- Mir, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método* (2.ª ed.). Editorial B de F.
- Miró, F. (2017). La función de la pena ante «el paso empírico» del derecho penal. *Revista General de Derecho Penal*, (27), 1-45.
- Montiel, J. (2018). Sobre la inoponibilidad de la prescripción y de la cosa juzgada en casos de corrupción (pública). En V. Gómez, J. Montiel y H. Satzger (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción* (pp. 171-193). Marcial Pons.

- Queralt, J. (2022). La corrupción: un enfoque político-criminal. En V. Gómez, C. Bolea, J.-I. Gallego, J. C. Hortal y U. Joshi (dirs.), *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 305-316). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Ragués i Vallès, R. (2004). *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*. Atelier.
- Robles, R. y Riggi, E. (2014). El extraño artículo 65.3 del Código Penal. En R. Robles (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad* (pp. 59-97). Editorial B de F.
- Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. (2019). *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas* (2.^a ed.; trad. F. Pou Giménez). Marcial Pons.
- Sáenz, A. (2018). La prohibición de la prescripción o la imprescriptibilidad como reforma penal constitucional. *Vox Iuris*, 36(2), 147-161.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.
- Sánchez-Ostiz, P. (2020). *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)*. Atelier.
- Shack, N., Pérez, J. y Portugal, L. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: una aproximación exploratoria*. Contraloría General de la República.
- Silva, J. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial B de F.
- Vílchez, R. (2017). El derecho penal, la impresión social, el feminicidio y su autor. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (102), 35-42.

Vílchez, R. (2018). El caso «Odebrecht» y sus repercusiones en nuestra forma de entender los delitos contra la Administración pública. *Actualidad Penal*, (46), 85-103.

Vílchez, R. (2021). *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro.

Yacobucci, G. (2017). *El sentido de los principios penales*. Editorial B de F.