

LA FALTA DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA DIRECTA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 957

(The lack of protection for the direct victim in crimes against the public administration under Legislative Decree No. 957)

Renato Alexis Ali Núñez*

Abogado y Secretario de Confianza de la
Primera Sala Penal Transitoria de la Corte
Suprema de Justicia de la República del Perú,
egresado de la Universidad San Martín de
Porres.
Correo: alijonios@gmail.com

Sumario: *1. Introducción. 2. Problemática. 3. Situación actual. 4. Entendimiento de la parte general. 5. Casuística hipotética. 6. Propuesta de solución. 7. Conclusiones.*

Resumen: La victimología y la criminología han traído de relieve la importancia de la correcta incorporación de los directamente afectados por delitos, al proceso, así como entender su problemática y permitir resolver dichas cuestiones para evitar futuras re-victimizaciones y sentimientos de insatisfacción por falta de resolución. Además, que la sensación de corrupción que nos sitúa como un país altamente corruptible se presente precisamente porque las víctimas directamente agraviadas no son atendidas, lo cual de no ser así cambiaría dicha percepción (pues el ciudadano solo ve que una parte del Estado (funcionario) comete un delito, es investigado y sancionado por otra parte del Estado (Ministerio Público y Poder Judicial) y es el propio Estado (procuraduría) quien recibe las satisfacciones por el delito cometido.

Abstract: *Victimology and criminology have highlighted the importance of correctly incorporating those directly affected by crimes into the process, as well as understanding their problems and allowing them to resolve these issues in order to avoid future re-victimizations and feelings of dissatisfaction due to lack of resolution. In addition, the sense of corruption that places us as a highly corruptible country is present precisely because the directly injured victims are not served, which otherwise would change that perception (since the citizen only sees that a part of the State (official) Commits a crime, is investigated and punished by another part of the State (Public Prosecutor's Office and Judicial Branch) and it is the State (procurator's office) that receives the satisfactions for the crime committed.*

Palabras claves (Víctima, garantías procesales, justicia y sociedad)

Keywords (Victim, procedural guarantees, justice and society)

1. Introducción.

Nuestro sistema penal, ya desde más de diez años, afronta un cambio respecto a las pautas procesales que se seguían desde mil novecientos cuarenta. De acuerdo a este nuevo (o ya no tan nuevo) sistema procesal penal garantista mixto acusatorio (con ciertos rasgos adversariales), el procesado y el fiscal tienen las mismas armas para enfrentarse en una batalla en la que el juez de investigación preparatoria es mero árbitro que custodia las garantías mínimas del proceso y el juez de juzgamiento (unipersonal o colegiado) decide sobre la base de lo actuado y admitido.

No cabe duda que la implementación del Nuevo Código Procesal Penal desde el año 2004 a la actualidad ha servido para que los principios que regulaban la protección del debido proceso y los derechos fundamentales del imputado sean resguardados y debidamente respetados. Asimismo, este nuevo formato de procedimiento pretendió resolver la falta de atención que requerían las víctimas de los delitos y les brindó mayores atribuciones y regulaciones para que ejerza un papel activo y constante durante el proceso.

De otro lado, el abismal incremento de delitos contra la administración pública o como es conocido informalmente, delitos de corrupción, resulta una carga que merma el correcto desempeño de nuestro sistema estatal, pero que además resulta en términos de perjuicio económico, más lesivo que los propios delitos clásicos contra el patrimonio (robo, hurto, usurpación, etc.).

Ahora bien, nadie discute que desde su formulación e implementación, los delitos contra la administración pública, tiene como bien jurídico tutelado la correcta administración del estado y de sus empleados (funcionarios y/o servidores), que además (dependiendo de las figuras particulares) pueden presentar variaciones cercanas pero que siempre se concatenan con la protección del Estado. Esto hace (según la doctrina penal mayoritaria) que el directamente agraviado por este tipo de conductas sea genéricamente el Estado, que según la Ley es representada por las procuradurías (en este caso, la procuraduría anticorrupción).

Esto trae a colación una problemática que advertimos durante nuestro paso por las Fiscalías Corporativas Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima; pues a diferencia de los delitos clásicos que tenían un agraviado que se condecía con el sujeto pasivo de la acción criminal, en este caso, no siempre resulta así.

Ello acarrea que muchos denunciantes que sufrieron las acciones de funcionarios o servidores en su desmedro, no solo no vean resarcidas sus vulneraciones sino que tampoco podrían intervenir o aportar significativamente al proceso penal, pues lo que se impone por Ley es la legitimación del Estado representada por la procuraduría respectiva.

Es por ello, que la problemática del olvido del directamente afectado por la conducta ilícita, resulta relevante al caso, pues la experiencia nos ha enseñado que antes que la legalidad importa la justicia y proporcionalidad, lo cual no se cumple al dejar de lado a quienes sufrieron afectaciones directas que coincidentemente también perjudican al propio Estado. Por lo tanto, este trabajo tiene por finalidad ahondar en dicha problemática, precisar los puntos de mayor necesidad de reforma y plantear una solución que permita conciliar a todas las partes (en sentido coloquial) involucradas en el proceso.

2. Problemática:

A la luz del Nuevo Código Procesal Penal, aquella persona que sufrió la conducta típica, antijurídica y culpable de un funcionario público, solo tiene la calidad de denunciante y como tal, a lo largo del proceso, podrá ser citado para rendir una declaración “testimonial”, tras lo cual solo se le notificará en caso del archivo de la denuncia (a nivel fiscal), y también si el caso llegara a juicio oral, podría ser llamado a los debates orales como testigo (en caso el representante del Ministerio Público lo haya ofrecido como órgano de prueba y éste haya sido admitido en el control de acusación).

No obstante, a diferencia de la parte agraviada en los delitos comunes, en los procesos seguidos contra funcionarios públicos, la parte afectada que no sea la procuraduría no puede, durante las diligencias preliminares y propiamente la investigación preparatoria, apersonarse (o designar abogado defensor) a la investigación fiscal, no puede solicitar lectura de la carpeta fiscal (y posteriormente del expediente), no puede solicitar estar presente en la declaración del imputado u otra diligencia, no puede solicitar actuaciones probatorias, copias o cualquier otro derecho o facultad que sí le son conferidos al procurador, que por cierto es notificado por primera vez de oficio por la propia fiscalía, tras lo cual este se apersona a la investigación, delega facultades y solicita la extensión de atribuciones.

Ante ello, surge el cuestionamiento si el actual sistema procesal busca la reparación de todas las conducta lesivas, pues en el caso planteado, se dejaría de lado a uno de los principales actores con legitimidad “moral” (cuando menos) para actuar.

3. Situación actual.

En primer lugar se aprecia que el Título IV se denomina “La Víctima” y está compuesto de tres capítulos denominados a su vez “El agraviado”, “El actor civil” y “El Querellante particular”. Así, el artículo 94° del Código Procesal Penal Peruano¹, establece en su inciso primero una definición de agraviado, la cual señala como sigue:

¹ Legislación nacional obtenida del link: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

“Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la Ley designe”.

Así, el primer obstáculo que se nos presenta se da en la contradicción de señalar que si bien el agraviado es todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o sus consecuencias, la excepción a esto se da cuando el Estado es quien se afecta, dado que su representación absorbe a todas las demás y está a cargo de quien la Ley designe, que en casos de corrupción, es la procuraduría especializada en delitos de corrupción de funcionarios.

Del mismo modo, resulta interesante lo propuesto por el inciso tercero del mismo artículo antes señalado, pues al referir que también serán considerados agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros respecto de delitos que afecten a una persona jurídica se reconoce la posibilidad que existan pluralidad de afectados. Situación que no se da del mismo modo cuando el afectado es el Estado.

En ese sentido, se aprecia del artículo 95°, de la norma procesal los derechos que le son de exclusividad al agraviado, los que son:

“1. El agraviado tendrá los siguientes derechos:

*a) A ser **informado de los resultados** de la actuación en que haya intervenido, así como del **resultado del procedimiento**, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;*

*b) A ser **escuchado** antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;*

*c) A **recibir un trato digno y respetuoso** por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.*

*d) A **impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.***

2. El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.

3. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza”.

Ahora bien, respecto al Actor Civil, el código adjetivo refiere que:

*“La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté **legitimado** para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito”.*

En mérito a ello, el denunciante original que resultó afectado por la comisión de un hecho cometido por un servidor o funcionario público, habría perdido legitimidad frente al intereses del Estado (representado por sus procuradurías) para perseguir la acción reparatoria.

De otro lado, el artículo noventa y nueve que guarda relación con el inciso tres, del artículo noventa y cuatro, muestran la posibilidad de concurrencia de peticiones para constituirse en parte civil; sin embargo, esta se excluye cuando se trata de delitos contra la administración pública pues el Estado monopoliza dicha potestad a través de su procuraduría anticorrupción.

En mérito a lo hasta aquí señalado queda bastante claro que el nuevo sistema procesal penal contempla de mejor y elaborada manera un alcance de garantías más amplia para la parte afectada de conductas delictuales. No obstante, esta presenta un punto ciego que no fue regulada o que, mejor dicho, quedó olvidada, y es en los casos en que por la titularidad del bien jurídico no resulte posible atender a todos los afectados directos o indirectos de la conducta desplegada por el agente activo.

4. Entendimiento de la Parte General.

Como es sabido y se nos enseñó en nuestras clases de derecho penal-parte general, el principio de lesividad, regula que se sancionen conductas en la medida proporcional que lesiones bienes jurídicos tutelados por el Estado. De ese modo, conforme se aprecia del Libro Segundo del Código Penal, se tiene que cada título regula un conjunto de conductas típicas que lesionan determinados bienes jurídicos.

De ese modo, los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; el honor; la libertad; el patrimonio; derechos intelectuales; y ciertos delitos contra la fe pública, protegen a los particulares desde una perspectiva individual, tanto así que las investigaciones, procesos y juicios seguidos por estos ilícitos siempre tienen identificado a una persona individualizada y natural que resulta directamente afectada por la acción desplegada por el agente criminal, por lo que en este caso víctima, sujeto pasivo, agraviado y sujeto pasivo de la acción criminal pueden coincidir en una misma persona.

De otro lado, los delitos contra el patrimonio cultural, el orden económico, el orden financiero y monetario, tributarios, contra la seguridad pública, ambientales, contra la tranquilidad pública, contra el estado y la defensa nacional, contra la voluntad popular y contra la administración

pública, protegen a la colectividad en general o no individualizada, por lo que resulta normal que en estos casos, se consigne como agraviado al Estado o la Sociedad.

No obstante, la actual discusión criminológica nos habla de incluir a todos los afectados directa o indirectamente por la acción criminal, independientemente del titular principal de los bienes jurídicos, pues lo que se debe buscar como proceso no es solo el cumplimiento formal de aspectos procesales normativizados, sino alcanzar a impartir justicia en la sociedad que conlleve a que sus miembros perciban que el Estado se encarga de resarcir cualquier daño ocasionado a sus integrantes.

Precisamente ello adquiere mayor relevancia al tratarse de delitos contra la administración pública, pues se trata de sus propios funcionarios o servidores que en contra de los deberes que les son confiados por sus cargos, llevan a cabo conductas que no solo afectan al Estado como un todo, sino que tienen la potencialidad de afectar a una persona o grupo determinado de individuos, tal y como se verá en la siguiente parte del presente trabajo.

5. Casuística hipotética.

a. Abuso de autoridad (artículo 376°, del Código Penal):

- **Caso Planteado:**

Warren Sánchez es un empresario que solicitó a la Municipalidad de San Ictícola de la Mar le otorgue una licencia de funcionamiento; sin embargo y pese que cumplió con todos los requisitos exigidos por Ley, no acceden a dicho pedido. Ante ello y debido a la cercanía de la inauguración de su local, Warren concurre diariamente a las oficinas municipales a fin solicitar la celeridad en su trámite. Dicha situación ha generado incomodidad en el gerente de seguridad ciudadana, de cuyo visto final depende la aprobación de la licencia de funcionamiento, por lo que este decidió arbitrariamente negarle la licencia. Así, Warren no solo advirtió que la resolución administrativa respectiva no se encuentra debidamente motivada sino que tal situación generó que postergue la inauguración planificada y le genere pérdidas económicas.

- **Problemática:**

En este caso, Warren Sánchez resulta directamente afectado por una medida arbitraria efectuada por un funcionario de una entidad pública. Si bien esto afecta principalmente a la administración pública, no cabe duda que existe una persona directa que debería ser considerada también como afectada directa.

b. Concusión y cobro indebido (artículos 382° y 383°, del Código Penal):

- **Caso planteado:**

Rodrigo Díaz, servidor de la Municipalidad de Carreras, adscrito al área de fiscalización, ha cobrado por seis meses a María Cristina, propietaria de una bodega de abarrotes, la cantidad de cien soles semanales por concepto de seguridad y vigilancia. Sin embargo, María tomó conocimiento por sus vecinos que dicho monto no era debido pues ninguno de los demás empresarios de la zona le pagaba a Rodrigo por tal concepto. Fue así que tras acudir a la municipalidad y realizar las consultas respectivas, María se enteró que el concepto que cobraba Rodrigo no era real y tampoco era exigido por la comuna.

- **Problemática:**

María Cristina actuó en la consabida que lo que Rodrigo Díaz hacia era lo legal; sin embargo, al verificar que ello no era así, se dio cuenta que por seis meses pagó de forma indebida a dicho servidor, por lo que resulta directamente afectada por la conducta desplegada por el agente activo.

c. Colusión y negociación incompatible (artículos 384° y 399°, del Código Penal):

- **Caso planteado:**

Johan Sebastian, gerente general de la empresa “Lazy Daisy”, con mucho esfuerzo compró las bases administrativas para participar en un concurso público a fin de brindar servicios técnicos de reparación a maquinarias de computación al Ejecito Nacional. Johan cumplió con presentar toda la documentación solicitada y con los requisitos exigidos por las normas de contratación con el Estado. A pesar de ello, ganó la empresa “Manuela’s Blues”; empero, debido a un informe periodístico Johan se enteró que todo el proceso fue armado para que gane la empresa “Manuela’s Blues”, tanto así que los demás postores fueron ficticios, como fue revelado por grabaciones de conversaciones telefónicas y correos de los miembros del comité de adjudicación y jefes del ejército.

- **Problemática:**

Johan Sebastian invirtió y perdió oportunidades a fin de postular al concurso del Ejército; sin embargo, a causa del acuerdo subrepticio llevado a cabo para que gane “Manuela’s Blues”, Johan se vio afectado en dinero y tiempo.

d. Peculado y malversación (artículos 383° y 389°, del Código Penal):

- **Caso planteado:**

Tom Mccoffe es el encargado de tesorería de la Municipalidad de Manatán y como tal se encarga de cuadrar los balances diarios, semanales y mensuales de todos los ingresos por recaudación directa de la comuna edil. Sin embargo, desde hace dos años, Tom se apropió de cien soles diarios que a la actualidad hacen aproximadamente setenta y tres mil soles, de los cuales utilizó la mitad para comprarse un carro último modelo y la otra mitad en comprar nuevas computadoras, muebles y enseres para el área en el que trabaja.

- **Problemática:**

Si bien aquí no existe una persona natural directa que se vea afectada, si se observa mejor el panorama se podrá distinguir que la Municipalidad de Manatán ES la agraviada directa; no obstante esta tendría que ceder atribuciones y retribuciones a la procuraduría en desmedro de sus intereses.

e. Retardo injustificado de pago (artículo 390°, del Código Penal):

- **Caso planteado:**

José Duval realizó servicios de limpieza y reparación de cableados en las oficinas del alcalde de la Municipalidad de Laxatón. Dichos servicios fueron debidamente aprobados y la orden de su cancelación se aprobó el mismo día que terminó el trabajo encomendado. No obstante, Daniel Neneco, encargado de tesorería y quien sería la personas que ejecutaría el pago, guardaba rencor a José porque este salía con su ex enamorada. Por tal motivo, Neneco demoró injustificadamente la entrega del dinero y afirmaba que la orden no había sido emitida aún, lo que generó que José, pierda otro trabajo que había obtenido en la municipalidad vecina.

- **Problemática:**

Por más que pueda parecer graciosa la ejemplificación, cabe resaltar que el mismo escenario se puede presentar en adultos mayores o personas en estado de necesidad que reclaman a la administración se les otorgue el pago que por motivos burocráticos injustificados son retenidos.

Como se aprecia en todos los casos precedentemente mencionados, si bien el Estado se agravia por las conductas desplegadas por sus funcionarios o servidores públicos, resulta innegable que también existe la real posibilidad que también se ven afectados personas naturales o jurídicas distintas al Estado. Ello pone en alarma la forma cómo se utiliza actualmente el sistema procesal penal para la solución de conflictos sociales, pues la única finalidad que se busca con un proceso penal no es la encarcelación del reo sino lograr la solución de un problema que requiere de la colaboración de todas las partes intervinientes, lo cual debe incluir necesariamente a todos los afectados o al menor permitir que estos se defiendan de manera digna como lo señala la propia norma adjetiva.

Tal situación no se da en la actualidad, pues la procuraduría anticorrupción será la encargada de velar por los intereses del Estado en cada caso que resulte agraviado, y con ello hará a un lado los propios intereses de individuos que también resultaron afectados y que lo podrían ver atisbos de resarcimiento de solicitarlo a dicha entidad y que esta tenga a bien atender su pedido.

6. Propuesta de solución.

Muchos de las conductas típicas que regula nuestro Código Penal contemplan la vulneración de varios bienes jurídicos que resulten afectados a la vez, tal como el robo en el que se protege el patrimonio, la salud y la vida de las personas. Por ello pueden darse casos en los que un sujeto

activo afecte o ponga en peligro la salud o vida de una persona, pero con la finalidad de apropiarse del patrimonio de otra (robo a vigilantes de una entidad bancaria). En dicho caso existe un concurso de agraviados y como tales se les reconoce a ambos la posibilidad de resarcirlos durante el proceso con una decisión judicial que contemple una reparación civil que busque cubrir con los daños ocasionados por el perpetrador.

Del mismo modo, consideramos que los delitos contra la administración pública han evolucionado respecto a cómo fueron concebidos primigeniamente, y como tales ya no solo abarcan la afectación directa del propio Estado reflejado en sus distintas instituciones públicas, sino que ha mutado para ver cada vez más afectada a personas naturales individualizadas que requieren también de una tutela jurisdiccional efectiva y a quienes se les rechaza por cuestionamientos burocráticos que buscan deslegitimizar un derecho que socialmente también les corresponde.

La corrupción en la actualidad, junto con la inseguridad ciudadana, son los mayores problemas que aquejan a nuestra sociedad, como tales hemos sido testigos durante las últimas dos décadas de como las tasas de corrupción se han incrementado a un ritmo vertiginoso al punto que sean instituciones contadas las que no se vean cuestionadas por la población.

Esta situación nos permite proponer que los delitos contra la administración pública también contemplen la posibilidad de incluir como titulares indirectos de dichos bienes jurídicos a personas naturales individuales, pero siempre y cuando esta haya sido directamente afectada por la acción delictiva del sujeto activo y lo demuestre probatoriamente.

Ello conllevaría a la necesidad de una reforma penal y procesal que especifique en los artículos pertinentes la posibilidad que en delitos en los que típicamente la titularidad de los bienes jurídicos les corresponden al Estado o la Sociedad, también puedan ser pasibles de reclamación personas naturales, especialmente en los delitos de corrupción de funcionarios. Lo que en definitiva será tan solo un pequeño paso en búsqueda de una justicia más equitativa y proporcional.

7. Conclusiones.

- La corrupción se ha incrementado en nuestro país de manera alarmante, al punto de generar una situación de crisis institucional.
- Si bien la víctima ha sido mejor reconocida en el nuevo sistema procesal penal, ello no resulta ser así al tratarse de delitos contra la administración pública.
- Existen varios supuestos típicos en los que al mismo tiempo que el Estado se vea afectado por la conducta de un funcionario o servidor público, también concurra la afectación directa de una persona individualizada.
- Esto pone de relieve la necesidad de eliminar la traba procesal o de parte general del derecho penal que impide que también se reconozcan derechos de participación al directamente afectado por la acción del delito o sujeto pasivo de la acción criminal.
- Tal reconocimiento se puede lograr contemplar la posibilidad de mirar a los delitos de corrupción de funcionarios de una forma compatible con las afecciones sociales actuales y que contemplen la posibilidad de incluir simultáneamente al estado y a los individuos como partes igualitarias que colaboren en conjunto para ayudar a la resolución del proceso, obtener justicia penal y social.