

Si se tiene clara la teoría del caso, ya no se aventura en la investigación, sino simplemente se busca aquellos elementos que confirmen o rechacen las hipótesis planteadas en un inicio.

La formulación de la teoría del caso, de un norte a seguir, permite investigaciones preparatorias eficaces, que no excedan del plazo, no legal, sino necesario para el caso.

Lo mismo sucede en etapa intermedia, si no se tiene claro por ejemplo el supuesto factico, es posible la realización de observaciones formales por defecto en la imputación concreta. Si se tienen claros los hechos planteados como hipótesis en diligencias preliminares y convertidos en teoría en investigación preparatoria, estos mismos serán debidamente planteados en etapa intermedia, evitando así el regreso de acusaciones para su subsanación.

Lo mismo sucede con el planteamiento de elementos de convicción que sustentan un requerimiento acusatorio. Si se tiene claro el hecho y su relación con un elemento de convicción con el cual se logra acreditar, su planteamiento a nivel de etapa intermedia resultará claro y evitara observaciones formales.

Ixiii) Oportunidad de creación de la teoría del caso.

Mucho se debate respecto a la oportunidad de cuando debo construir mi teoría del caso, y la respuesta es simple, desde el primer momento en que se tomó conocimiento del hecho imputado, momento en el cual surge también el derecho a la defensa.

No se pretenda, claro está, que este completa es decir, absolutamente definida, rígida e invariable, sino que planté algunas hipótesis como camino, que puede ir variando dependiendo de las circunstancias de la investigación; ello tiene que ver con la característica de flexibilidad desarrollada en el capítulo anterior.

La característica de flexibilidad, si debe cumplir con un requisito de rigidez e invariabilidad una vez que concluya la investigación preparatoria y se formule requerimiento de acusación por ejemplo; ese momento en el cual el fiscal deja de ser objetivo, para convertirse en parte, determina la adopción de una posición inmodificable. Y lo mismo para la defensa que, por ejemplo, planteada la teoría del caso en primera instancia, no debe variar la teoría del caso para un posterior juicio de apelación, lo contrario genera descredito en la posición de la parte.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN (Aproximación a un diagnóstico y propuesta)²⁹¹

* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Tomás Aladino Gálvez Villegas

Doctor en Derecho y Magíster en Ciencia Penales, Universidad San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Penal y Política Criminal. Fiscal Adjunto Supremo de la República.

I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, a la fecha, dos de los problemas más álgidos que aquejan a la sociedad, son *la corrupción y la inseguridad ciudadana*, dos problemas que son *dos caras de la misma moneda*, la delincuencia. Precisamente por ello es que realizamos estas reflexiones, preocupados por esta problemática. Pues, en la realidad y en el sentir popular, ahora estas cuestiones han superado a los grandes problemas seculares que eran *la pobreza, el desempleo y el analfabetismo*.

El problema de la corrupción es más grave cuando se *enquista en los sectores que manejan la economía de los países*, formando verdaderas *organizaciones*

²⁹¹ Artículo publicado en el "Libro Homenaje al profesor Dr. D. Germán Small Arana. Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Lima, Ideas Solución Editorial, 2015. pp.439 y ss.

criminales. Pues, en estos casos los agentes de la corrupción, llevados por su *avidez lucrativa frustran el progreso de los pueblos*, al apropiarse de los presupuestos públicos, impidiendo así la ejecución de los grandes proyectos de desarrollo nacionales; tanto así que según *cifras de las Naciones Unidas* publicadas hace ya algunos años, debido a la corrupción, y particularmente al *enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos* (que es una de sus formas más graves), los pueblos, particularmente los latinoamericanos, no han podido salir del subdesarrollo.

Y lo que es aún peor, estas organizaciones criminales, *buscan copar* todas las instituciones y organismos, sobre todo en la Administración de Justicia, para *asegurarse impunidad*; y claro, con ello no solo logran sus objetivos abyectos, sino que *degeneran y desprestigian a la propia institucionalidad* democrática, *deslegitimándola* ante la sociedad. Lo más grave de esto se da cuando logran involucrar en la *corrupción a la propia administración de justicia* que es la encargada de reprimirla. Actualmente, los niveles de corrupción en este sector son realmente alarmantes.

Ante esto, todos los políticos, los hombres de derecho y la colectividad en general, *sensibilizados* por esta problemática han realizado diversos *diagnósticos* de la *corrupción* y han propuesto distintas medidas y acciones con las que se pretende solucionar este problema o por lo menos reducir a niveles tolerables la *actividad criminal o delitos de corrupción*.

Lo bueno de esto es que *la colectividad* ha comprendido que la corrupción es un problema que le concierne y se *está involucrando en la lucha* contra este flagelo, pues antes solo se asumía que se trataba de asuntos propios de los políticos o de la Administración de Justicia, los que sin embargo, no han sabido enfrentar este problema.

En esta ocasión, por nuestra parte, desde la *perspectiva de la Administración de Justicia* (a la cual se vincula nuestra actividad funcional) encargada de la *investigación, procesamiento y represión de los delitos de corrupción* pretendemos hacer llegar estas reflexiones, tanto desde el *diagnóstico del problema*, así como planteando *algunas medidas* que a nuestro juicio pueden contribuir a una verdadera lucha contra este *flagelo causante de la mayoría de nuestros males como Nación y como Estado*.

II. DESCRIPCIÓN DE CASOS EMBLEMÁTICOS (DIAGNÓSTICO).

Aproximación a la realidad de la Lucha contra la Corrupción. Perspectiva de la Administración de Justicia.

- lxiv) A pesar de la gravedad del problema y de la enorme dañosidad social, y pese a que todos los agentes con algún nivel de competencia al respecto (Políticos, Legisladores, Magistrados, Policía y la colectividad en general) *proclaman su compromiso de lucha contra la corrupción*, en realidad *no se ha comprendido verdaderamente el problema*, no habiéndose dictado ni implementado *normas o medidas eficaces* para una auténtica lucha contra la corrupción.
- a.1) En efecto, actualmente existen normas inadecuadas, tanto *sustantivas* (que sancionan las conductas) así como procesales, para una real *investigación, procesamiento y represión* de estos delitos; pues, en los puntos más álgidos existen normas que conceden enorme discrecionalidad al Juez como el artículo 384° CP (*delito de colusión*), que sanciona con no menos de *3 ni más de 15 años* de pena privativa de libertad; lo que prácticamente deja a la total discreción del Juez la represión de este delito grave. Y claro, estando al elevado grado de corrupción existente en la administración de justicia, *la pena prácticamente es inexistente*.
 - a.2) Asimismo, en el ámbito procesal, el *Código Procesal Penal* ha establecido *excesivas formalidades* que en la mayoría de casos impide el acopio de las pruebas necesarias para acreditar la comisión del delito. A la vez que ha dotado de *excesivas garantías* a los investigados y procesados, lo que en la mayoría de casos impide la investigación y la habilitación de las pruebas.
 - a.3) Igualmente, no se ha dotado a la Fiscalía y en general a los órganos encargados de la investigación y represión de estos delitos, de los *elementos técnicos o de peritos* necesarios para la acreditación de los delitos, como por ejemplo, un *equipo de peritos contables o de ingeniería civil* para los delitos de Peculado, por lo que casi la totalidad de los casos terminan en absolución, pese a que está claro que se ha cometido el delito.

Los peritos del Poder Judicial, en su gran mayoría, son ineficaces, por ello lo único que funciona son las pericias de parte que obviamente favorece a la parte que paga los honorarios.

a.4) En el caso de la *Contraloría*, se trata de actuaciones *ex post* que en su gran mayoría no resultan técnicas o no responden a la realidad de los hechos y por eso son *desvirtuadas en la investigación judicial* después de haber *dilapidado grandes recursos materiales y humanos*; ojalá que esta inconveniencia se supere en algo, con las nuevas disposiciones que dotan de efecto probatorio a los informes de la contraloría.

a.5) De otro lado, los *políticos y demás autoridades*, se han limitado a realizar declaraciones genéricas que no abordan la problemática.

lxv) Encuanto a la *aplicación y funcionamiento de la normatividad*, por ejemplo, estadísticamente, de *15,000* procesos por delitos contra la Administración Pública (Corrupción, Peculado, Colusión ilegal, Enriquecimiento ilícito) que llegaron a las Fiscalías Supremas entre los años de 2004 a 2014 (que debe ser solo un *10 %* del total de los que se iniciaron en ese periodo en primera instancia -*150,000*-, el *1 %* de los casos que se investigaron, y tal vez, el *0.1 %* de los casos que realmente se cometieron), tuvimos la oportunidad de revisar detalladamente aproximadamente *6,000* expedientes; de estos solo existía sentencia condenatoria en *400* (*menos del 10 %*), y condenas efectiva solo en *25 casos* (*aproximadamente el 2.4 %*).

En consecuencia, el *Subsistema Anticorrupción* que tanto se auspicia y tanto se invierte en él, realmente no ha funcionado, esto es, no ha tenido eficacia alguna, más allá de la reciente investigación de casos emblemáticos, que por ser solo “una golondrina”, no hacen el verano.

Esto se agrava con la entrada en vigencia del *nuevo CPP*, el mismo que establece exigencias innecesarias para el acopio de la prueba y para expedir una sentencia condenatoria, tanto así que se habla de “*Código de la Impunidad*”. El *70 %* de casos concluidos en tiempo récord, que se siempre se ha mostrado como el gran logro, en realidad, se trata de casos archivados porque no se pudo acopiar la prueba pertinente. Esto es, se trata de casos de *impunidad*.

Por su parte, los *teóricos, doctrinario e intérpretes de la norma* y abogados en general se han dedicado a realizar análisis desde sus perspectivas particu-

lares (en el caso de los abogados litigantes, siempre a favor de sus defendidos -léase a favor de la corrupción-) sin preocuparse por la eficacia de la normatividad y en muchos casos han creado teorías contrarias al propio contenido de las normas y a favor de la impunidad.

En conclusión, queda demostrada la inoperancia de las autoridades y entidades encargadas de la lucha contra la corrupción

lxvi) En el caso de los delitos de *Enriquecimiento Ilícito*; como quiera que se ha *descentralizado el manejo y ejecución de los presupuestos*, estos delitos se comenten en los lugares más recónditos; sin embargo, la Constitución y demás normas establecen que las *investigaciones* por este delito solo puede realizarlas, en principio, la *Fiscalía de la Nación* (en Lima). Esta se limita a realizar una investigación netamente formal (levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria, reserva bursátil, informe de Registro públicos) y con ello concluye la investigación, archivando casi en la totalidad de casos. Peor aún, los pocos casos que se denuncian, todos concluyen con sentencia absolutoria porque los abogados favorables a la corrupción han creado teorías en las que se asume *subsidiariedad de este delito*.

Y claro la *absolución* luego de la denuncia e investigación *potencia a los funcionarios corruptos* en su influencia ante su comunidad y normalmente acceden a cargos de mayor jerarquía y de mayor manejo presupuestal (de Alcalde distrital pasa a provincial).

lxvii) *Políticos y demás autoridades*, solo *hablan de agravar penas* como única medida para la lucha contra la corrupción, desconociendo la real situación de la investigación y de la aplicación de las penas así como la actuación de los operadores procesales.

lxviii) Se ha pensado en la *pena privativa de libertad*, como única medida de lucha contra la corrupción y el delito en general. Sin embargo, esta ha fracasado, no habiendo rendido efecto preventivo alguno; por el contrario los *Penas se han convertido en escuelas del crimen*. No se ha complementado esta pena, con otras penas como la *multa*, y la *inhabilitación*, así como tampoco se ha incidido en la *reparación del daño* causado, y menos en privar al agente del delito de los *efectos y ganancias* del mismo, con ello se permite que este se enriquezca con el producto del delito y se vea estimulado a seguir cometiendo sus fechorías.

En tal sentido, la *pena, por más grave que esta se muestre*, no significa ninguna *conminación o efecto disuasivo* para el agente del delito; quien guiado por su *apetito lucrativo*, y al encontrarse ante el patrimonio público, no encuentra ninguna barrera o dique de contención que pueda disuadirlo de apropiarse de dichos caudales.

Ixix) En efecto, realizando un análisis costo-beneficio, desde la perspectiva del *Análisis Económico del Derecho*, el agente de estos delitos, *nunca pierde*, al contrario, siempre gana. En tal sentido, la actividad delictiva, será siempre una actividad *"eficiente"* desde el punto de vista económico, y como quiera que estas actividades son estimuladas precisamente por su eficiencia, el mensaje del ordenamiento jurídico (con toda la supuesta lucha contra la corrupción), es el siguiente: *"El delito es un buen negocio. Siempre se gana"*. Es más, se sostiene que *¡la plata llega sola!*

III. PROPUESTAS PARA ENFRENTAR ESTE PROBLEMA

Perspectiva Político Criminal

¿Qué hacer ante este panorama sombrío?

- *Consolidar la institucionalidad democrática*, con una adecuada división de poderes, competencias y facultades, *evitando injerencias o copamiento* de las instituciones por el *poder político o económico*. Involucrando a la *ciudadanía en la defensa de las instituciones y en la lucha anticorrupción y contra la delincuencia en general*.
- *Reorganizar y potenciar* a los órganos de la Administración de Justicia; particularmente al *Ministerio Público*; debiendo crearse *Fiscalías Supremas* que realicen un verdadero *diseño de planes de investigación, persecución y represión del delito*. *Fiscalías Supremas que centralicen y lideren un sistema Político-Criminal Anticorrupción*.

Actualmente, el desempeño de las Fiscalías Supremas es totalmente intrascendente, pues solo formulan opiniones que en muchos casos, no son tomadas en cuenta para la resolución del caso. Peor aún, existen tres Fiscalías Supremas que realizan funciones Contencioso Administrativas y Civiles que deberían ser competencia de otros órganos. En realidad debería existir, por lo menos, una *Fiscalía Suprema encargada del diseño de la lucha contra la corrupción*, pues actualmente, las fiscalías provinciales y superiores trabajan de modo

inorgánico y manejan sus propios criterios que no necesariamente son los más adecuados. Asimismo, debería crearse una *Fiscalía Suprema que centralice la planificación y ejecución de la Política criminal del Estado* (lucha contra la criminalidad), así como una Fiscalía Suprema de Lavado de Activos y Privación de Dominio y una Fiscalía Suprema de Criminalidad Organizada entre otras.

- La *Contraloría General de la República* debería actuar no solo *ex post*, sino más bien *ex ante* o simultáneamente con la ejecución de los presupuestos públicos. Designándose *un representante de la Contraloría en cada institución* o entidad que maneje recursos significativos, pero que este representante no dependa ni sea remunerado por la propia institución (por el propio agente a quien pretende investigar, con lo cual se produce una especie de sujeción del mismo) sino que debe depender directamente de la Contraloría. Solo así se asegura independencia y autonomía.
- En cuanto a la lucha concreta contra el delito, estando al *fracaso de la pena*, y considerando que los *motivos o móviles* para cometer los delitos de corrupción son *eminentemente lucrativos*, se debe atacar este móvil. El *delito no puede ser un buen negocio* para el agente; su costo no puede ser mínimo y su beneficio ingente. Se tiene que *eleva el costo del delito*, solo así se desincentivará su comisión.

Esto es, se debe trabajar las *consecuencias patrimoniales aplicables al delito*; como las *penas de multa e inhabilitación*. Pues, si bien actualmente estas penas están previstas, no se manejan criterios adecuados para su imposición y ejecución. Es más, la pena de *multa nunca se cobra*, y la inhabilitación habitualmente *no se ejecuta*. Tanto así, que una multa administrativa resulta más eficaz, puesto que normalmente sí se cobra, lo que no pasa con la multa como pena, lo cual es un contrasentido, porque se supone que la multa como pena es la reacción más severa, la misma que debería cumplir un efecto preventivo mayor.

Las multas deberían considerarse *recursos propios* del Poder Judicial y el Ministerio Público, facultándolos para implementar sus respectivos *sistemas coactivos de cobranza*.

Asimismo, se debe implementar un adecuado sistema *decomiso*, a fin de privar al agente del producto del delito en todos los casos. Igualmente, se debe implementar un adecuado sistema de *extinción de dominio*, no solo centralizado sino a nivel nacional; debiendo corregirse algunas imperfecciones de la actual Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo N° 1104.

También se debe implementar un adecuado sistema de *reparación civil de los daños* causados con el delito, de tal forma que el agente, además de perder el producto del delito pierda parte de su patrimonio lícito; pues la obligación reparatoria se cumple con el patrimonio propio, no con los efectos y ganancias del delito.

Asimismo, se le debe obligar a pagar *las costas del proceso*.

Pero claro, para concretar estas medidas resulta necesario implementar un adecuado sistema de *medidas cautelares, como el embargo e incautación* a través de las cuales se afecta el producto del delito a fin de garantizar el decomiso del mismo, así como el patrimonio del agente para garantizar el pago de la pena de multa, las costas procesales y la reparación civil. Al respecto, debe quedar claro que con la legislación procesal actual, la medida cautelar de embargo, se dicta, no solo para asegurar el pago de la reparación civil, sino también para asegurar el pago de las demás consecuencias pecuniarias del delito (pena de multa, costas procesales, etc.).

Todo ello solo será posible si se implementa un *instrumento procesal adecuado, que armonice las garantías y derechos del procesado con la necesidad de eficacia de la investigación y represión del delito* (corrupción). Pues actualmente, el Código Procesal Penal ha priorizado solo el respecto de los derechos de los investigados o procesados, olvidando que de nada sirve el reconocimiento de tales derechos si es que no se implementan medidas idóneas para generar las condiciones de una real vigencia de estos.

Debe de diseñarse un proceso que permita *investigar patrimonialmente* al agente del delito, comprendiendo a familiares y allegados, puesto que el producto del delito nunca estará a nombre del agente o familiares directos. Actualmente la investigación de los miembros del entorno del investigado, no ha sido posible, porque con *acciones*

de garantía (habeas corpus o amparo), se ha impedido tales investigaciones.

Ello pasa obviamente, por *modificar el Código Procesal Penal* a fin de racionalizar su contenido con las *exigencias político-criminales* y necesidades preventivas propias del control penal, de tal modo que sea posible una verdadera lucha contra la corrupción y el delito en general.

Solo de este modo, *se elevará el costo del delito, desincentivándose su comisión*, y por ello debemos exigir una actuación en este sentido de parte de los gobernantes (Políticos, Congresistas, Magistrados y colectividad en general), y claro, de nuestra parte comprometernos en una lucha frontal contra este lastre que significa la corrupción.

- Obviamente, el otro aspecto relativo a la inseguridad ciudadana, lo abordaremos en otro momento, pero desde ya, debe quedar claro que para una auténtica lucha contra este flagelo, necesariamente se tiene que involucrar a la ciudadanía y dar participación a formas alternativas de solución de conflictos. Debiendo considerarse como un aspecto fundamental la justicia o jurisdicción especial (Intercultural).